

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Introduction aux concepts juridiques

Poullet, Yves; Coipel, Michel

Published in:

Le droit des "contrats informatiques"

Publication date:

1983

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y & Coipel, M 1983, Introduction aux concepts juridiques. dans *Le droit des "contrats informatiques"*. Précis de la Faculté de droit de Namur, numéro 4, Larcier , Bruxelles, pp. 29-143.

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.

TITRE II

INTRODUCTION AUX CONCEPTS JURIDIQUES

par Michel COIPEL et Yves POULLET
(Facultés Universitaires de Namur)

PREAMBULE

Cette introduction aux concepts juridiques ne s'adresse pas au premier chef aux juristes avertis du droit des contrats.

Elle est d'abord destinée aux non-spécialistes. Nous voudrions leur proposer un certain nombre de clés qui les aident à mieux identifier les questions et les problèmes que posent les contrats informatiques et qui les introduisent aux analyses approfondies proposées dans la suite du présent Précis.

C'est pourquoi nous commencerons par souligner les grands principes qui dominent le droit des contrats (Sous-titre I).

Nous exposerons ensuite les mécanismes juridiques essentiels mis en œuvre lors de la conclusion (période pré-contractuelle) et de l'exécution du contrat (Sous-titre II).

Enfin, une question particulière a retenu notre attention, celle née du fait que la plupart des opérations d'informatisation nécessite l'appel à une pluralité de prestations (Sous-titre III).

Nous illustrerons autant que possible notre propos au moyen d'exemples tirés de la jurisprudence et de la pratique relatives aux contrats informatiques.

C'est dire que cette introduction, destinée d'abord aux non-juristes, se voudrait également au service des juristes qui abordent la question particulière des contrats informatiques.

SOUS-TITRE I PRINCIPES ET NOTIONS DE BASE

CHAPITRE 1 : LE PRINCIPE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE : SA SIGNIFICATION, SES ECUEILS, SES LIMITES

Dans une économie de marché, le contrat joue un rôle primordial : il est l'expression juridique des échanges de biens et de services. Ces échanges doivent être libres : la liberté contractuelle est un principe de base d'un système d'économie libérale (section 1).

Le glissement de notre système politique et économique vers un régime qualifié souvent de « néo-libéral » ou « socialisant » se révèle notamment à travers les restrictions de plus en plus nombreuses que connaît de nos jours la liberté contractuelle (sections 2 et 3).

SECTION 1 Signification du principe

La liberté contractuelle signifie tout d'abord que les parties contractantes prévoient dans leur contrat ce qu'elles veulent.

Il est vrai que le Code civil contient de nombreux articles relatifs à la matière du contrat : il y a d'une part des règles communes à *tous* les contrats (articles 1101 et s.) et, d'autre part des règles particulières pour chaque type de contrat : la vente, le bail, le prêt, l'entreprise etc.

Mais, *en principe*, ces règles n'ont que deux fonctions :

- 1° déterminer tout d'abord les conditions requises pour qu'un accord soit qualifiable de contrat et soit consacré par le droit de l'Etat : celui-ci met alors ses tribunaux au service de ceux qui veulent forcer leur cocontractant au respect de la parole donnée. Ces conditions, ce sont les conditions de formation du contrat.
- 2° prévoir un régime *supplétif* pour la vie du contrat : les obligations qu'il engendre, les conséquences de la violation de ces obligations, la disparition du contrat. Par régime supplétif, il faut entendre un régime qui s'applique en cas de *silence* des parties dans leur accord : on suppose qu'elles se réfèrent implicitement au régime légal

(censé connu) et qu'elles le jugent adéquat. Dès lors, si les parties précisent autre chose dans leur convention particulière, le régime légal est écarté.

En principe donc, les règles du Code civil ne sont que supplétives. La loi propose un modèle dont les parties peuvent se contenter, mais auquel elles peuvent déroger.

La liberté contractuelle signifie encore qu'en principe, les parties peuvent forger de toutes pièces des conventions nouvelles différentes des catégories connues du Code civil : on parle alors de contrats innomés. Il importe toutefois de signaler que les juristes ont généralement une attitude très réservée à l'égard de la notion de contrat innomé : dans la mesure du possible, ils s'efforcent de faire rentrer les conventions particulières dans une des catégories du Code civil. Ainsi, en matière informatique, le contrat de licence de produits de programme n'est-il pas considéré comme un contrat innomé mais comme un simple contrat de bail (1).

Le principe du consensualisme est la traduction, au plan de la forme du contrat, du dogme de la liberté — de l'autonomie — des parties contractantes. La volonté souveraine n'est en principe soumise à aucun formalisme ; il suffit que les volontés se rencontrent pour que le contrat existe (2). L'écrit que les parties dressent fréquemment n'est donc, en principe, pas une condition d'existence du contrat ; il joue seulement un rôle au plan de la preuve.

Fréquemment, on appelle « contrat » le document écrit signé par les parties. Cette appellation n'est pas tout à fait exacte : le document écrit n'est en vérité que la preuve du contrat, c'est-à-dire de l'accord des parties ; le contrat existerait même si les parties n'avaient pas constaté leur accord par écrit. Une des parties contractantes peut donc, bien que cela pose de délicats problèmes de preuve, établir que le document écrit n'exprime pas de façon complète et/ou correcte l'accord, le contrat, réellement conclu. En matière de contrats informatiques toutefois, la célèbre clause dite « des quatre coins » vise à faire coïncider l'accord de volonté avec le document écrit : cette clause vise en effet à ce que l'accord des parties soit *limité* aux clauses contenues entre les quatre coins du document appelé contrat, à l'exclusion de tous engagements ou propositions écrits ou verbaux précédant ledit contrat (sur cette clause, voir nos remarques, infra, p. 185).

C'est la philosophie individualiste des droits naturels de l'homme (3) — selon laquelle les hommes sont par essence libres et égaux — et la doctrine économique libé-

(1) Cf. P. Poulet, Le contrat de progiciel : infra, p. 336).

(2) J. Ghestin, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, Paris, L.G.D.J., 1980, n°40.

(3) J. Ghestin, op. cit., n° 33 et s.

rale qui sont à l'origine du dogme de l'autonomie de la volonté individuelle, libre de contracter avec qui elle veut et comme elle le veut.

Sous l'hypothèse d'une « négociation parfaite », la loi des parties est évidemment la plus adéquate : elle est librement discutée et négociée, elle est faite « sur mesure », elle est voulue par les parties ; elle est donc la meilleure synthèse possible des intérêts contradictoires en présence.

Mais, dans une large mesure, la « négociation parfaite » est un mythe.

SECTION 2

Les écueils de la liberté contractuelle

L'hypothèse d'une égalité des contractants et d'une libre négociation ne se vérifie pas toujours dans la réalité.

Il arrive souvent qu'il n'y ait pas de négociation du tout :

« Une des parties accepte en bloc, sans possibilité réelle de discussion, les clauses du contrat qui lui est proposé par l'autre. Autrement dit, le choix de l'adhérent se réduit à conclure ou ne pas conclure le contrat dont le contenu échappe à sa volonté » (4).

On a affaire à ce que les juristes appellent traditionnellement un contrat d'adhésion : ainsi de la plupart des contrats de transport, du contrat d'assurance et, de façon générale, de la plupart des contrats proposés aux consommateurs. En matière informatique, il semble bien que, dans un certain nombre de cas, l'utilisateur n'ait d'autre choix que d'accepter en bloc et sans discussion le contrat établi par le fournisseur.

Même lorsqu'il y a une certaine négociation, elle est souvent imparfaite : une partie mieux informée, économiquement plus puissante, parvient à imposer sa volonté à l'autre, du moins quant à l'essentiel. En matière informatique, on constate qu'il est très difficile pour l'utilisateur d'obtenir des modifications importantes aux clauses contractuelles préétablies par le fournisseur.

(4) J. Ghestin, op. cit., n° 74.

En d'autres termes, il y a bien souvent une inégalité entre parties telle que l'une parvient à imposer sa volonté à l'autre : ce n'est plus la loi des parties mais la loi du plus fort. La porte est alors ouverte à l'exploitation du plus faible par des clauses abusives.

A la suite de Ghestin (5), on peut tenter de systématiser les principales hypothèses d'inégalité entre parties.

1° Il y a d'abord l'inégalité économique entre professionnels, à savoir : d'une part, l'inégalité des salariés face aux employeurs qui fut flagrante au siècle passé, mais est désormais largement corrigée grâce au droit social ; d'autre part, l'inégalité des producteurs et distributeurs entre eux qui, elle, en revanche, va s'accroissant de nos jours. Elle résulte, en effet, des disparités de puissance économique parfois très accentuées existant entre les entreprises.

2° Il y a ensuite « l'infériorité des profanes à l'égard des professionnels » (6) : on met ici l'accent sur l'inégalité quant au savoir. Est avant tout visée l'inégalité des consommateurs face aux producteurs et distributeurs. D'où la nécessité d'une protection des consommateurs : thème qui, dans la plupart des pays occidentaux, est devenu d'actualité depuis une vingtaine d'années.

Dira-t-on, en matière informatique, que l'utilisateur est un profane à raison de son ignorance et qu'il doit dès lors être assimilé aux consommateurs (7) et bénéficier de la protection juridique particulière que le droit leur réserve (8) ?

Certaines décisions sont favorables à cette assimilation : « Attendu, note le Tribunal de commerce de Bruxelles (9), que le demandeur ne paraît pas avoir été antérieurement initié à la technique de la gestion des ventes par ordinateur ; que de toute manière, il faut présumer qu'il ne l'était pas. »

(5) J. Ghestin, op. cit., n° 55 et s.

(6) J. Ghestin, op. cit., n° 59.

(7) Rappelons que la doctrine a toujours entendu la notion de façon restrictive. Le consommateur est celui qui contracte pour des besoins personnels ou familiaux (Th. Bourgoignie, *Réalités et Spécificités du droit de la consommation*, J.T., 1979, 275).

(8) Ce sera notamment :

- La présomption de mauvaise foi que la jurisprudence met à charge du vendeur professionnel (face à un non-professionnel) ;
- Les obligations de conseil et de mise en garde déduites par la jurisprudence à raison de l'inégalité des parties ;
- La protection légale et notamment le rejet des clauses abusives que différentes lois étrangères (loi française du 10 janvier 1978 ; loi allemande du 9 décembre 1976) prévoient.

(9) J.C.B., 1981, 575, note G. Vandenberghe.

Cette présentation se révèle à l'heure actuelle discutable. La plupart des utilisateurs ont déjà eu l'expérience d'un contrat informatique. La technique informatique et ses possibilités ne leur est plus inconnue. Enfin nombre d'entre eux se montrent parfaitement armés lors de leurs négociations avec le fournisseur (10). Ainsi une décision de la Cour d'appel de Paris en date du 2 avril 1981 (11) note que le locataire étant devenu spécialisé dans les travaux informatiques ne peut se prévaloir de son ignorance en la matière et le Tribunal de commerce de Bruxelles (12) affirme, le 30 juin 1980, dans une affaire en tous points semblable à une autre déjà jugée par le même tribunal :

« Il ne se conçoit pas qu'un commerçant avisé, pour qui la gestion des stocks est essentielle et déterminante pour l'achat d'un ordinateur, puisse signer un bon de commande auprès d'un vendeur l'ayant contacté régulièrement depuis plusieurs années en vue de lui imposer la vente d'un ordinateur (sans succès), prétendument sur les seules affirmations de ce vendeur, sans qu'il ait lui-même consulté auparavant la concurrence ou exigé des garanties écrites quant à la gestion des stocks répondant à ses besoins ou fait des réserves formelles à cet égard au bon de commande ».

SECTION 3

Les exceptions à la liberté contractuelle

La liberté contractuelle n'a jamais été, même à l'époque libérale, une liberté absolue. Dès 1804, existait dans le Code civil un article 6 (prolongé par les articles 1128 et 1131) prévoyant la nullité des contrats ou des clauses contraires à l'ordre public — à savoir aux règles indispensables à la sauvegarde de l'intérêt général — et aux bonnes mœurs : la liberté n'est pas la licence.

Mais à cette époque, les restrictions étaient l'exception. L'Etat pratiquait le « laissez faire, laissez passer » et se bornait à un rôle de gendarme. Les contrats n'étaient régis que par le Code civil, lequel, en cette matière, contenait très peu de règles *impératives* c'est-à-dire de règles s'appliquant nécessairement au contrat, nonobstant une clause contraire. Nous avons déjà dit que les règles du code relatives aux contrats sont pour la plupart *supplétives*.

De nos jours, la liberté contractuelle reste le principe, mais sa portée se réduit de

(10) A ce propos, le cas jugé par le Tribunal de commerce de Bruxelles le 18 février 1980 (Rev. dr. intell., 1981, 233 et s., note G. Vandenberghe) où l'utilisateur était une grosse entreprise, disposant d'une équipe d'informaticiens ; plus significatif encore, le cas jugé par la Cour d'appel de Paris, le 10 juillet 1980 (Expertises, n° 22) où c'était un gros constructeur qui était client d'une petite S.S.C.I.

(11) Paris, 2 avril 1981, Bureau Serv. Inf. c/Soc. Olivetti, Jurisdata, 20.970.

(12) Trib. comm. Bruxelles, 30 juin 1980 (inédit).

plus en plus tant les restrictions se multiplient.

Ces atteintes à l'autonomie des parties contractantes ont deux sources principales.

1° D'une part, l'Etat *intervient* de plus en plus dans la vie économique et sociale. Ainsi se développe ce que l'on peut appeler un ordre public de *direction* (13) : réglementations diverses du crédit, des assurances, de l'accès à la profession, des prix, etc ..., dont certaines ont un impact direct en matière de contrat.

Ainsi, par exemple, les contrats informatiques sont-ils concernés par l'article 57 de la loi du 30 mars 1976 prohibant toute formule d'indexation des prix industriels et/ou commerciaux et ne permettant la révision des prix que dans certaines limites et à certaines conditions.

2° D'autre part, la loi et la jurisprudence viennent de plus en plus au secours de la partie contractante la plus faible. Le législateur développe ainsi ce que l'on peut appeler un ordre public économique et social de *protection* (14). La jurisprudence, quant à elle, remplit sa mission d'adaptation du droit à l'évolution de la société.

Voici brièvement esquissées, les principaux types d'interventions légales ou jurisprudentielles visant à la protection du contractant en situation d'inégalité.

a) L'amélioration de la négociation

Diverses règles visent à augmenter l'information du contractant en état d'infériorité : de la sorte on tente de se rapprocher de l'optimum d'une négociation parfaite.

Ainsi, par exemple, il existe une prohibition légale de la publicité mensongère (art. 20 de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce) ou encore une obligation pour le vendeur à tempérament de proposer à l'acheteur un contrat écrit reproduisant, parfois en caractères différents et gras, diverses informations prévues par la loi (loi du 9 juillet 1957 sur les ventes à tempérament).

Ainsi, la jurisprudence décide qu'il existe dans la période précontractuelle un impératif de bonne foi : le Code civil ne parle que de l'exécution de bonne foi des contrats (article 1134, al. 3), mais la jurisprudence et la doctrine contemporaines estiment avec raison qu'il serait incohérent de ne pas envisager le respect de la bonne foi dès le départ, c'est-à-dire pendant la période des pourparlers et de conclusion du contrat. A partir de cet impératif de bonne foi, la jurisprudence dégage — nous y reviendrons

(13) J. Ghestin, op. cit., n° 116 et s.

(14) J. Ghestin, op. cit., n° 122 et s.

(infra, p. 74) — divers devoirs pesant sur les parties et principalement une obligation de renseignements à charge de la partie la mieux informée (15).

b) Les interventions légales sur le contenu du contrat

Le législateur réalise une protection de la partie la plus faible en intervenant, par des dispositions impératives, sur le contenu du contrat.

Dans certains cas, comme le contrat de travail ou de bail à ferme, ces dispositions impératives deviennent si nombreuses que l'on peut parler de contrat *réglementé* (16) : le dirigisme contractuel se substitue à la décentralisation législative prévue initialement par l'article 1134, alinéa 1, du Code civil (le contrat est la loi des parties).

c) Les interventions jurisprudentielles sur le contenu du contrat

A la faveur des standards utilisés par la loi — concepts flous tel que celui de bonne foi — des lacunes qu'elle contient ou de son indétermination, la jurisprudence dégage un certain nombre de « règles » qui permettent, elles aussi, de protéger le contractant le plus faible. Nous mettons le terme « règles » entre guillemets car, à proprement parler, la jurisprudence, au contraire de la loi, ne procède pas par règles générales : la décision d'un juge n'a de valeur obligatoire que pour les parties au litige (art. 6 du Code judiciaire). Toutefois, certaines tendances se dégagent des décisions des cours et tribunaux : tendances dont la fermeté est fonction du nombre de décisions rendues dans le même sens et/ou de l'importance hiérarchique des juridictions qui se sont prononcées.

Voici quelques exemples significatifs de ces interventions jurisprudentielles.

— L'article 1134, alinéa 3, du Code civil exige l'exécution de bonne foi des conventions et l'article 1135 prévoit que le contrat est soumis aux exigences de l'équité. A partir de ces textes, la jurisprudence a notamment mis en évidence un devoir de *collaboration* des parties à la réussite du contrat : devoir qui, nous le verrons (infra, p. 74) joue un rôle important en matière de contrats informatiques.

— La jurisprudence invalide les clauses contractuelles qui font perdre au contrat sa raison d'être. Ainsi en est-il des clauses de non-responsabilité (infra, p. 296) lorsqu'elles sont à ce point étendues qu'elles permettraient au débiteur de ne s'exécuter que si tel est son bon vouloir. Exemple en matière informatique : un contrat de conseil dans lequel le conseiller s'exonérerait de toute responsabilité quant à la

(15) Voir, à ce propos, l'analyse remarquable de J. Ghestin, op. cit., n° 461 à 508.

(16) J. Ghestin, op. cit., n° 135.

qualité du service rendu.

— Les solutions jurisprudentielles peuvent élargir la portée d'une règle légale impérative.

Un exemple typique et très intéressant pour la matière des contrats informatiques est fourni par la garantie des vices cachés en matière de vente. En vertu de l'article 1643 du Code civil, le vendeur est tenu de garantir l'acheteur contre les vices cachés de la chose vendue et ce, même s'il les ignorait lors de la conclusion du contrat, à moins que, pour ce cas particulier, il n'ait exclu contractuellement la garantie. Le code admet donc une exclusion contractuelle de garantie dans l'hypothèse où le vendeur ne connaissait pas ce vice. Il en résulte, à contrario, que l'exclusion n'est pas valable si le vendeur connaissait le vice caché : en pareil cas, le vendeur est impérativement tenu à la garantie. Encore faut-il que l'acheteur établisse que le vendeur connaissait le vice caché ; or cette preuve est souvent difficile à fournir.

Consciente de cette difficulté de preuve, la jurisprudence — consacrée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation (17) — s'est portée au secours de l'acheteur : s'il s'attaque à un vendeur professionnel, ce dernier est présumé avoir été au courant du vice caché et ne peut renverser la présomption qu'en apportant la preuve d'une erreur invincible. Le vendeur professionnel a donc la charge de la preuve et s'il ne renverse pas la présomption, l'exclusion sur la limitation de garantie sera considérée comme non avenue (18).

Pour clore ce chapitre consacré à la liberté contractuelle, il reste à observer que les contrats informatiques n'ont pas fait, jusqu'à présent, l'objet d'une réglementation légale spécifique. Ils sont seulement soumis aux règles légales impératives propres aux contrats en général et propres aux divers types de contrats auxquels ils se rattachent et ils subissent les interprétations jurisprudentielles y afférentes.

Une réglementation spécifique — clauses obligatoires, clauses interdites — n'est évidemment pas inconcevable. L'importance croissante de l'informatique et l'obstination des fournisseurs à élaborer des contrats largement à leur avantage et quasi imposés aux utilisateurs pourraient amener, un jour prochain, une intervention législative. A tort ou à raison, le législateur estimerait qu'il doit intervenir pour protéger l'utilisateur contre le fournisseur de la même façon qu'il est intervenu, dans le passé, pour protéger

(17) Cf. notamment : Cass., 6 mai 1977, R.G.A.R., 1980, n° 10.133 ; de façon plus complète, J. Limpens, La responsabilité du vendeur fabricant en droit belge. Etudes offertes à A. Jauffret, Aix - Marseille, 1975, 453.

(18) Sur la garantie des vices cachés en matière de contrats informatiques, cf. infra, E. de Lophem et X. Thunis, Acceptation et garanties, p. 254.

le travailleur face au patron, le cafetier face au brasseur, l'acheteur à tempérament face au vendeur.

A ce propos, on signalera le projet de contrat-type de la CECUA, projet dont nombre de clauses seront discutées par la suite, qui propose des dispositions alternatives à celles du fournisseur. On notera également les travaux faits dans le cadre de commissions siégeant à l'AFNOR et l'existence de « guides » pour la négociation et la conclusion de contrats informatiques particuliers (Guides pour les contrats de maintenance et de prestations intellectuelles édités par INFOREP).

CHAPITRE 2 : L'ISOLATIONISME CONTRACTUEL

SECTION 1

La constatation : la multiplication des contrats

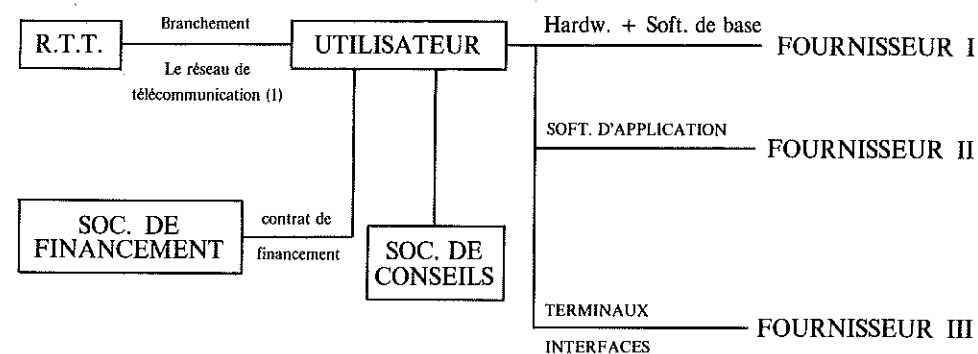
Il est rare que l'opération d'informatisation se réalise par un seul et unique contrat. Le phénomène de la multiplication des contrats conclus pour la réalisation d'une opération unique d'informatisation s'explique par la conjonction de deux raisons.

La première se conçoit aisément. Bien souvent, en effet, l'utilisateur recourt aux services de différents prestataires.

En effet, si le fournisseur de hardware est bien souvent celui qui délivre également la licence du logiciel de base, il est fréquent que le ou les logiciels d'application soient l'objet d'un contrat passé avec une (des) autre(s) société(s). On note ensuite que les terminaux et certains interfaces peuvent être acquis auprès d'autres sociétés encore, que le branchement sur le réseau de télécommunications fera l'objet d'un contrat avec la R.T.T. (19). Enfin, on aura l'occasion de souligner l'intérêt que présentent pour l'utilisateur les services d'un conseil indépendant (20) pour définir ses besoins et aider au choix de la solution la plus adaptée.

Le schéma suivant résume la situation décrite.

Schéma I



(19) Sur le contrat R.T.T., voir E. de Cannart d'Hamale, Les contrats R.T.T. ou les rapports juridiques entre la Régie des Télégraphes et Téléphones et les usagers, J.T., 1983, 109.

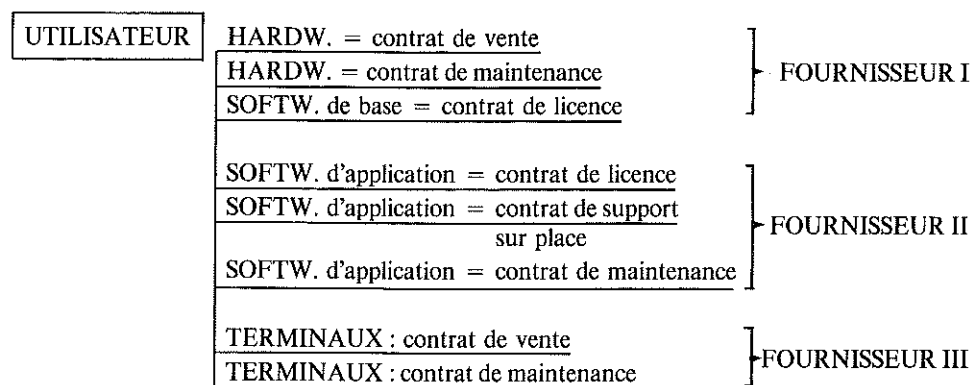
(20) Sur le contrat de conseil, voir E. de Cannart d'Hamale et J.J. Evrard, infra, p. 193.

La seconde raison de la multiplication des contrats s'appuie sur une pratique déjà ancienne : l'*Unbundling*. Cette pratique est née de préoccupations comptables et techniques propres à l'organisation de l'entreprise du fournisseur (21) ; toutefois, elle n'est pas sans incidence juridique comme nous aurons l'occasion de le souligner et il n'est pas certain que l'obtention de ces effets juridiques ne soit pas aujourd'hui la principale préoccupation des praticiens de l'*unbundling*.

Ainsi, lorsque plusieurs prestations émanent d'un même fournisseur, celui-ci multiplie généralement les contrats suivant les prestations. Par exemple, le fournisseur de base, désigné dans notre schéma I, comme fournisseur I, distinguera trois types de contrat : un contrat de matériel, présenté sous forme de location ou vente, un contrat de logiciel de base, contrat dit de licence d'exploitation, enfin un contrat de maintenance.

Appliqué également aux fournisseurs II et III, le principe aboutit au schéma II.

Schéma II



On imagine aisément le nombre de contrats auxquels peut amener la combinaison des schémas I et II, contrats nécessaires à la réalisation d'une opération d'informatisation. Or cette multiplication des contrats contredit la réalité économique unique qu'affronte l'utilisateur. Pour celui-ci, l'opération d'informatisation est vécue comme une opération unique où toutes les prestations sont interdépendantes. Son réflexe naturel est de croire que si une des prestations échoue (exemple : non-réussite de l'implémentation du logiciel d'application), l'ensemble doit être remis en cause.

A priori, le droit ne permet cependant pas une telle conclusion : « Dans notre

(21) Cette pratique, au départ américaine, se justifie également par les règles de la concurrence, l'offre d'un contrat global pouvant apparaître comme une offre conjointe de produits.

droit civil, les contrats sont, en principe, considérés comme des actes juridiques *autonomes* (nous soulignons), qui ne sont pas des moyens mais qui portent leur fin en eux-mêmes »(22). Le principe classique de l'autonomie ou de l'*isolationisme contractuel*, c'est-à-dire le principe de la stricte indépendance de chaque contrat l'un par rapport à l'autre, aboutit en effet à affirmer que les vicissitudes d'un contrat, peu importe leur ampleur et leurs conséquences, ne peuvent préjudicier ni remettre en cause l'existence d'un autre contrat. Ainsi, celui qui a signé un contrat d'acquisition de Hardware ne pourrait réclamer son annulation même s'il peut prouver l'incompatibilité du matériel fourni et des logiciels quand bien même, à la limite, ceux-ci auraient été acquis auprès du même fournisseur.

Certes, le principe de l'isolationisme contractuel, tel qu'il vient d'être exprimé, a subi quelques assauts et progressivement, la théorie des « groupes de contrats » (23) a cherché, dans une faible mesure encore, à substituer à la notion d'indépendance des contrats celle d'interdépendance. Avant d'aborder ces réactions, il est peut-être bon d'étudier comment les fournisseurs ou, de façon plus générale, les différents prestataires d'une opération d'informatique se sont servis des principes juridiques existants pour consacrer l'isolationisme contractuel. C'est en effet compte tenu de ces principes que nous devons aborder l'étude des remèdes contractuels, jurisprudentiels et doctrinaux à cette situation.

SECTION 2

Le principe de l'autonomie de la volonté et son application au service de l'isolationisme contractuel

§ 1 : LE PRINCIPE

Le principe de l'autonomie de la volonté revêt une triple signification qui peut être mise au service de l'isolationisme contractuel.

Du principe de l'autonomie de la volonté, on peut tirer *la double faculté* pour le fournisseur :

1° *de contracter ou non* : en particulier, la signature d'un contrat n'oblige en aucune façon à la signature d'un autre contrat ;

2° *de déterminer librement avec l'utilisateur les clauses du contrat*. L'article 1134 du

(22) E. Demontès, cité par B. Teyssié, Les groupes de contrats, Thèse, Paris, 1975, n° 2, p. 2.

(23) La notion a été mise en évidence pour la première fois par Teyssié, Les groupes de contrats, Thèse Montpellier, Paris, L.G.D.J., 1975.

Code civil en affirmant que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » permet au fournisseur d'exclure du champ contractuel la considération de toute autre convention.

Enfin, la troisième conséquence du principe s'applique uniquement dans l'hypothèse d'une multiplicité de prestataires. En effet, le principe d'autonomie a pour corollaire logique celui de l'effet relatif du contrat qu'exprime l'article 1165 du Code civil : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ... Elles ne peuvent ni nuire ni profiter aux tiers, car ceux-ci ne peuvent subir les effets de droit de conventions auxquelles ils sont étrangers » (24).

Commentons quelque peu ce dernier principe dont il importe de comprendre l'exacte portée. Notons d'abord que l'article 1165 témoigne d'une conception purement individualiste du droit des obligations. Il part de l'idée que les affaires de chacun ne concernent que lui-même, qu'il les gère librement et que la société et les tiers n'ont point à s'en occuper. Il ne peut être question pour un contractant de subir les effets des contrats conclus par autrui. Il ne peut être obligé à aucun titre par le contrat conclu par un tiers même avec son cocontractant.

La doctrine et la jurisprudence (25) ont précisé utilement l'exacte portée de ce principe ; elles distinguent nettement *les effets internes* de l'acte et son *existence*. Si l'existence d'un acte est opposable erga omnes et, en tant que fait juridique, peut être connue par tous, les effets internes ne peuvent concerner que les parties contractantes. L'article 1165 du Code civil n'a trait qu'aux effets internes de l'acte. « Seuls ceux qui ont échangé leurs consentements sont personnellement obligés par leur convention, mais on ne peut méconnaître que pour les tiers, leur convention est un fait social et que dès lors les tiers ne peuvent ignorer les conséquences qu'elle crée » (26). Nous reviendrons sur cette distinction qui est à l'origine de certaines atténuations à la règle de l'isolationisme contractuel.

§ 2 : L'APPLICATION DU PRINCIPE DANS SA TRIPLE SIGNIFICATION

De nombreuses clauses présentes dans les contrats informatiques consacrent l'isolationisme contractuel.

(24) J. Ghestin, op. cit., n° 42.

(25) Cf. notamment H. De page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. I, Bruxelles, 1962, n° 117 ; R. Vandeputte, *De overeenkomst*, Bruxelles, 1977, 327 ; L. Boyer, *Rép. dr. civ.*, v° Contrats et conventions, Dalloz, 1971, n° 178 et les arrêts cités.

(26) L. Boyer, op. cit., n° 179.

La plus importante, nous aurons l'occasion d'en réétudier la portée par rapport aux documents précontractuels (27), est indiscutablement la clause des quatre coins.

Dans sa formulation la plus précise, la clause s'exprime comme suit :

« Le contrat et ses annexes contiennent l'entièreté des accords entre parties. Ils annulent et remplacent toutes les lettres, propositions, offres et conventions antérieures. »

Si une telle *clause* a principalement pour signification d'exclure toute *interprétation* du contrat fondée sur des documents antérieurs au *contrat*, elle s'oppose également à toute interprétation et à la *déduction* de toute obligation fondée sur l'existence d'un *autre contrat* qu'il soit signé par le même prestataire ou par un tiers.

A côté de cette clause, on retrouve certaines clauses plus précises :

1° lorsque les contrats émanent d'une même personne, l'indépendance quant à la conclusion des contrats est assurée par des facturations et des instrumenta nettement distincts.

Ainsi :

— « La facturation du matériel est indépendante de celle du software. Siemens consent au client le droit d'utiliser sur les machines les programmes de sa bibliothèque délivrés conformément à une convention *séparée* de mise à disposition des programmes informatiques » (indépendance du contrat « matériel » et du contrat « logiciel »).

— « Le présent contrat exclut toute maintenance. Un contrat *séparé* de maintenance pourra éventuellement être signé par l'utilisateur » (indépendance du contrat « matériel » et du contrat « maintenance »).

2° lorsque les contrats émanent de prestataires différents, l'indépendance des contrats est généralement affirmée sous la forme d'une clause d'exonération de responsabilité pour le matériel et/ou les programmes fournis par d'autres firmes. « Ce matériel et/ou ces programmes ont été choisis, notent les contrats, sous l'entière responsabilité de l'utilisateur et le fournisseur ne peut subir les vicissitudes d'autres contrats ».

Cet ajout laisse entendre que l'exonération de responsabilité d'un fournisseur pour les prestations d'autrui se fonde sur le fait que l'utilisateur a eu le libre choix des prestataires et que, dès lors, l'un d'eux ne peut subir les conséquences de ce mauvais choix.

(27) Y. Pouillet, *Les documents de la période préparatoire ; leur valeur juridique* : infra, p. 157.

Ce fondement rejoint celui dégagé récemment par la Cour de cassation pour justifier l'inopposabilité à une société de leasing, des difficultés relatives au marché financé : « La conclusion d'un crédit-bail par laquelle le locataire s'interdit tout recours contre le bailleur est licite dans la mesure où elle est la contrepartie de la liberté de choix du fournisseur et du choix du matériel par le locataire lors de l'achat. Ainsi la résolution du contrat de location dès lors qu'aucune faute du bailleur n'est prouvée, ne peut entraîner la résolution du contrat de leasing » (28).

La mise en évidence de ces fondements suggère que le principe de l'isolationisme contractuel tombera :

- 1° en l'absence d'une clause expresse d'exonération, lorsqu'il peut être prouvé que le choix d'un prestataire et de la solution qu'il offre est due aux conseils d'un autre prestataire ; ce dernier peut alors se voir imputer une part de la responsabilité des conséquences du mauvais choix ;
- 2° cette responsabilité d'un prestataire pour le fait d'un autre prestataire peut être aggravée par certaines clauses par lesquelles le premier prestataire reconnaît être intervenu dans le choix de la solution offerte par un autre prestataire (cas typique des prestations de conseil).

§ 3 : LES DANGERS DE L'ISOLATIONISME CONTRACTUEL POUR L'UTILISATEUR

On peut classer comme suit les risques courus par l'utilisateur.

Article 1. — Risques courus par l'utilisateur du fait du refus de signature par le fournisseur d'un second contrat

Nous avons affirmé que, sauf clause contraire, un prestataire ayant déjà signé un contrat ne peut être forcé de signer un autre contrat. A fortiori, un tiers ne peut être tenu de signer un contrat par le seul fait de la signature préexistante d'autres contrats.

La Cour d'appel de Paris, le 24 novembre 1978 (29), avait à juger de la demande en résolution du contrat de vente d'un matériel ordinateur et de son contrat de financement. En l'occurrence, l'utilisateur réclamait cette résolution pour défaut par le vendeur de signer un contrat de logiciel ; en outre, il était prouvé que l'utilisateur trouverait ailleurs difficilement un logiciel de remplacement adapté à ses besoins et à sa

(28) Cass., 1^{er} février 1978, et sur renvoi Amiens, 5 novembre 1979, J.C.P., 1980, II, 19.406, obs. E.M. Bey.
(29) Paris, 24 novembre 1978, Jurisdata, n° 887.

machine. Nonobstant ce fait, les juges estimèrent que le contrat de vente « matériel » était de par ses clauses limité au seul matériel et ne comportait en soi aucun engagement quant à l'élaboration du logiciel.

Faute de preuve d'un quelconque dol du vendeur à la conclusion du contrat de matériel, l'utilisateur ne peut réclamer l'annulation du contrat pour défaut de signature du contrat de logiciel (30). La signature de ce contrat ne peut, d'autre part, faute d'engagement à ce propos dans le contrat de matériel, être interprétée comme une condition résolutoire tacite du contrat de matériel, condition qui permettrait selon l'article 1184 du Code civil (31) d'obtenir la résolution du contrat.

Ainsi, le fournisseur d'un hardware ne peut être forcé de faire offre d'un contrat de licence de logiciel d'application (32) ni d'un contrat de maintenance [risque 1].

Article 2. — Risques courus par l'utilisateur lors de difficultés de réalisation de l'opération d'informatisation

Ces difficultés peuvent être dues à un vice originaire (mauvaise conception de la solution informatique : par exemple, incompatibilité entre les différents éléments, sous-dimensionnement de certains éléments entraînant le dysfonctionnement de l'ensemble du système [risque 2]) ou survenir par la suite (exemple : faillite ou incapacité technique d'un prestataire entraînant la non-réalisation du logiciel d'application demandé par le client [risque 3]).

Pareilles difficultés (33) peuvent justifier la nullité, la résolution ou la résiliation d'un ou de plusieurs contrats. Qu'en est-il alors des autres contrats signés avec le même prestataire ou avec d'autres prestataires ? Sont-ils affectés par le sort réservé à l'un des contrats ? Du principe de l'isolationisme contractuel, on doit déduire une réponse négative. On conçoit aisément le danger d'une telle conclusion. L'utilisateur peut se retrouver disposant d'un ensemble incomplet et inutilisable partiellement, voire totalement.

(30) Cette allusion à l'absence de dol suggère une première rupture du principe de l'isolationisme contractuel. Il est évident en effet que le fait de conclure un premier contrat en promettant l'obtention d'un second contrat avec lequel le premier est nécessairement lié économiquement constituera souvent un dol de la part du fournisseur.

(31) « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où une des parties ne satisfera point à son engagement. »

(32) En ce qui concerne le logiciel de base, il nous apparaît qu'il s'agit d'un accessoire.

(33) On n'abordera pas pour le moment les questions nées des difficultés, en cas de prestataires multiples, d'imputer à l'un quelconque des prestataires la responsabilité du mauvais fonctionnement de l'ensemble du système informatique.

Face à ces deux risques qu'il importe de bien distinguer, on évoquera certaines solutions juridiques visant à consacrer non plus l'indépendance mais l'interdépendance des contrats.

SECTION 3

Le droit à l'origine de l'interdépendance contractuelle

On distinguera d'une part les aménagements conventionnels, d'autre part ceux jurisprudentiels, aménagements qui ont pour but ou pour objet de créer une certaine interdépendance entre les différents contrats.

§ 1 : AMÉNAGEMENTS CONVENTIONNELS

Dans les différents contrats conclus pour mener à bien une opération d'informatisation, certaines clauses peuvent être prévues de façon à créer une certaine interdépendance juridique — non certes totale, mais cependant réelle — entre les différents contrats. Nous avons déjà évoqué l'hypothèse de la clause suivant laquelle un prestataire affirmait être au courant (34) voire conseiller l'acquisition de telle solution auprès de tel contractant.

Dans une telle hypothèse, le juge estimera sans doute que l'utilisateur peut obtenir la résolution des deux contrats au cas où les solutions proposées par les deux contractants s'avèreraient incompatibles (35).

En effet, l'insertion de la clause de connaissance, voire de conseil, d'un fournisseur à propos de la qualité de la prestation d'un autre fournisseur ne peut s'interpréter que comme une garantie de compatibilité entre les deux solutions proposées, condition résolutoire tacite de la passation des contrats. Ainsi, l'utilisateur nous paraît être pré-muni contre le risque 2 (36).

L'utilisateur peut imposer d'autres clauses et employer d'autres techniques visant la couverture du même ou d'autres risques.

a) *La condition suspensive* : un contractant peut subordonner (tacitement ou expressément)

(34) A propos de la signification semblable à donner à la présence actée d'un prestataire lors de la passation d'un contrat avec un autre prestataire, voir M. Vasseur, *Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres*, R.T.D. civ., 1949, 173 et s.
La présence de ce prestataire peut être actée par la signature de celui-ci au bas du contrat passé avec l'autre signataire.

(35) Cette demande de résolution se fondera sur l'article 1184 du Code civil.

(36) Nous nous référons à l'énumération des risques reprise ci-dessus (supra, p. 44).

ment) la prise d'effet d'un contrat à la signature d'un autre contrat (exemple : l'obtention d'un financement, la conclusion d'un contrat de logiciel, etc.), voire à la réussite d'un test (par exemple à la réception d'un programme acquis auprès d'un autre prestataire ou du même fournisseur). L'utilisateur se couvre alors des risques 1 et 2.

- b) *La condition résolutoire* : un contractant fait dépendre la vie d'un contrat de celle d'un autre contrat (exemple : résolution d'un contrat de logiciel si annulation ou résolution du contrat de matériel). Il s'agit ici d'une couverture principalement contre le risque 3.
- c) *La signature d'un cahier des charges par toutes les parties* : cahier annexé à chaque contrat. Cette signature ne va pas jusqu'à créer une parfaite solidarité des parties quant à l'exécution des performances prévues par le cahier, mais, à notre avis, elle peut être analysée comme la reconnaissance par chaque fournisseur de la compatibilité des solutions offertes par les différents prestataires et de leur adéquation en soi aux besoins reconnus par le cahier des charges (37).
- d) *L'insertion de clauses expresses* dans un contrat et visant à rendre obligatoire la signature d'un autre contrat (exemple : dans un contrat de matériel, la clause : « un contrat de maintenance d'une durée minimale de 5 ans doit être offerte à la signature de l'utilisateur ») (38).

On sera attentif au fait que de telles clauses, sauf lorsqu'elles se réfèrent à une proposition de contrat déjà chiffrée et reprise en annexe du premier contrat (39), n'obligent le fournisseur qu'à proposer une *offre raisonnable* de second contrat à la signature de l'utilisateur, mais non de conclure à tout prix.

(37) C'est la signification donnée aux documents généraux par toutes les parties à une opération de fournitures d'installation industrielle complètes : Y. Hassler, *Les contrats de construction d'ensembles industriels*, Thèse, 1979, n° 63.

(38) Autre clause :
« Le logiciel spécifié en annexe et destiné à être utilisé avec le système commandé sera fourni ... » (clause garantissant en outre la compatibilité du logiciel et du matériel).
Les clauses du modèle CECUA :

Clause 18 : Si le client le demande, le fournisseur doit établir un contrat distinct de maintenance.

Clause 19. 1. : « Le fournisseur doit fournir le logiciel nécessaire au bon fonctionnement des installations. Ce logiciel doit comprendre le logiciel désigné dans l'annexe correspondante ou dans tout autre endroit de contrat, sans y être limité. »

Clause 20. 2. : « Le fournisseur doit s'assurer que tout le matériel et tout le logiciel fournis aux termes du contrat sont respectivement compatibles et fonctionneront au moyen des interfaces avec les autres matériels et logiciels prévus en annexe du contrat ».

(39) Exemple : « Le bailleur fournira ses services de maintenance en vue de maintenir ou de remettre l'équipement en bon ordre de marche. Le service de maintenance comprend :

— la maintenance préventive, ...
— les dépannages et réparations, ...

La période et les conditions de dispense du service de maintenance sont spécifiées à l'annexe ».

On ajoutera à la liste de ces diverses techniques, celle du cautionnement donné par un fournisseur pour les obligations d'un autre fournisseur (exemple : la maison mère, constructeur du hardware, pour les engagements de sa filiale, réalisatrice du software) ou de la stipulation de solidarité conventionnelle signée par tous ou certains membres du groupe (40). De telles techniques vont bien plus loin que celles déjà signalées. Il ne s'agit plus simplement de garantir l'interdépendance des contrats quant à leur naissance ou à leur extinction, mais d'affirmer la responsabilité pour un des prestataires d'exécuter la prestation d'autrui (41) à défaut pour ce dernier de réaliser ses propres engagements.

§ 2 : AMÉNAGEMENTS JURISPRUDENTIELS

Article 1. — Introduction

L'interdépendance économique qui caractérise l'ensemble des contrats indispensables à la bonne fin d'une opération d'informatisation appelle nécessairement une certaine interdépendance juridique. La reconnaissance progressive de cette interdépendance juridique s'est faite par la consécration de la notion de « groupe de contrats ». « Il apparaît, au contraire, probable, note Teyssié (42), que si plusieurs contrats ont un même objet ou participent à la réalisation d'un but commun de sorte qu'ils possèdent une même raison d'être, ils constituent un groupe susceptible, en cette qualité, de retenir l'attention ».

Que l'ensemble des contrats nécessaires à la bonne fin d'une opération d'informatisation constitue un groupe de contrats, est indiscutable. Tous les contrats dont l'objet est certes distinct participent en effet à la réussite du projet informatique. Il s'agit selon l'expression de Teyssié, d'un « ensemble de contrats interdépendants » (43).

Suivant l'étroitesse des liens qui unissent ces contrats, on appréciera les conséquences juridiques attachées à cette interdépendance. S'ils sont à ce point étroits, ils

(40) A ce propos, cf. la clause reprise par Hassler relative à un contrat de construction d'ensembles industriels : Y. Hassler, Les contrats de construction d'ensembles industriels, Thèse, 1979, n° 56 :

« Les sociétés qui composent le consortium s'obligent en régime de solidarité à accomplir intégralement les obligations stipulées dans le présent contrat et répondent également solidairement des conséquences de l'inexécution de l'une quelconque de ces obligations ».

(41) Le cautionnement, on le spécifiera, entraînera une obligation de faire de préférence à une obligation de donner. En effet, ce qui importe pour l'utilisateur c'est que le système informatique fourni marche, même si tel prestataire doit se substituer à celui originairement prévu. Peu lui chaut d'être indemnisé alors que le système ne fonctionne pas.

(42) B. Teyssié, op. cit., n° 62.

(43) ... par opposition à la « chaîne de contrats » où l'unité est directement fonction de l'objet unique des diverses prestations (exemple : les différents contrats de transport conclus pour l'acheminement d'un produit unique).

constitueront un *ensemble indivisible* ou un ensemble à dépendance unilatérale, un contrat dit « accessoire » n'ayant d'existence et de sens que comme complément d'un autre dit « principal » (44). Si de tels liens sont plus relâchés, il n'empêche cependant qu'une certaine *coresponsabilité dans l'œuvre commune* peut exister. En ce qui concerne ce second point, nous renvoyons le lecteur à l'étude relative aux différentes situations juridiques existantes en cas de fournisseurs multiples (45). En effet, les parties, en raison de la nature particulière de leur prestation, peuvent, par une structuration du groupe des contrats, répartir différemment les responsabilités de chaque prestataire.

Les réflexions qui suivent sont donc partielles. Elles ne concernent que les théories jurisprudentielles de l'indivisibilité et de l'accessoire.

On notera que, parmi l'ensemble des contrats nécessaires à une opération d'informatisation, les juges peuvent limiter le groupe de contrats dits « indivisibles » ou à dépendance unilatérale à quelques contrats présentant entre eux des relations très étroites et estimer que les autres contrats, extérieurs à ces groupes, n'entretiennent entre eux que des rapports plus lâches.

Article 2. — Le groupe indivisible au sein d'un groupe de contrats informatiques

1) Critères de l'indivisibilité

L'indivisibilité est définie par la doctrine et la jurisprudence, française en particulier (46), comme « l'état de ce qui ne peut être divisé soit matériellement, soit intellectuellement sous un rapport envisagé » (47).

Quand y a-t-il indivisibilité ? Selon la doctrine, il faut se référer à l'intention des parties. C'est une question de fait laissée à l'interprétation souveraine du juge du fond (48). Sous réserve d'une analyse plus approfondie des règles d'interprétation (infra,

(44) Sur la notion de l'accessoire, cf. la thèse de G. Goubeaux, La règle de l'accessoire en droit privé, Paris, 1969, 37, n° 20.

(45) Voir infra, sous-titre III, p. 119.

(46) P. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, Thèse, Paris, 1969. Depuis la thèse de Simler, il faut noter la thèse de Teyssié et les conclusions de Ghestin, op. cit., n° 888.

(47) H. Capitant, Vocabulaire juridique, v° Indivisibilité. Comp. l'article 1217 du Code civil : l'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle.

(48) Cass., 6 février 1973, Bull. civ., 1973, I, 42 ; Cass., 24 juin 1969, Bull. civ., 1969, IV, 227, n° 239.

p. 57), on notera que les juges ont estimé que l'existence d'instrumenta différents (49), même rédigés par des parties distinctes (50), n'a pas été un argument suffisant pour nier l'indivisibilité des conventions constatées par les instrumenta.

Ainsi, la pratique de l'*unbundling* en matière de contrats informatiques ne peut suffire en soi pour nier l'indivisibilité des conventions. Mais nous avons déjà noté que cette pratique s'accompagnait fréquemment de clauses par lesquelles le fournisseur exprimait clairement sa volonté de ne pas être tenu de l'échec d'une prestation, objet d'un autre contrat. De telles clauses doivent être prises en considération par le juge. Il ne peut en effet se référer au seul souhait de l'utilisateur de voir consacrer l'indivisibilité des différents contrats, mais s'en tenir à la « commune intention » des parties révélée par la clause (51). Pour écarter une telle clause, le juge devra donc, selon l'enseignement de notre Cour de cassation, « s'en expliquer par des motifs fondés spécialement sur des circonstances extrinsèques ou sur les termes et le sens d'autres clauses ou parties d'actes (52) » (53). Ces circonstances pourront se déduire de documents précontractuels (54), des relations privilégiées existant entre deux fournisseurs, etc ... (55).

2) Conséquences de l'indivisibilité

Le critère de l'indivisibilité dégagé, que tirer comme conséquence de l'existence de plusieurs contrats indivisibles ? La notion d'indivisibilité est utilisée pour déterminer

(49) Cf. déjà en ce sens, Boulanger, Usage et abus de la notion d'indivisibilité, R.T.D. civ., 1950, 4, n° 5 (l'auteur note qu'à l'inverse, l'unité d'instrumentum, même si elle est une présomption d'indivisibilité, ne peut à elle seule suffire pour conclure à l'indivisibilité) ; en outre, Teyssié, op. cit., 97, n° 198. Dans la jurisprudence, notamm. Cass., 10 mai 1864, D.P., 1871, 1, 107 ; Cass., 29 novembre 1971, Rev. Soc., 1972, 709, obs. B. Oppetit ; Cass., 3 octobre 1977, Bull. civ., 1977, IV, 180, n° 212.

(50) J. Ghestin, op. cit., n° 892, se référant au vieux jugement Trib. civ. Seine, 13 décembre 1937, J.C.P., 1938, II, 508, note R. Dallant. Cf. également, à propos de contrats de financement distincts, Cass., 22 janvier 1975, Bull. civ., 1975, I, 25, n° 26.

Il va de soi que le fait que différents contrats émanent d'un même fournisseur sera un indice important de l'indivisibilité des conventions.

(51) A ce propos, la formule de Teyssié (op. cit., 97, n° 178) nous apparaît trop peu nuancée. Selon cet auteur, « lorsqu'une personne, afin d'assurer la réalisation d'une opération déterminée prend l'initiative de conclure un certain nombre de conventions ..., un ensemble de contrats interdépendants, unis par la poursuite d'un but commun prend naissance ».

(52) Ainsi les annexes du contrat (le fait qu'un autre contrat ait été glissé en annexe de la convention) permettraient-elles de déduire l'indivisibilité de deux conventions.

(53) F. Dumon, De la motivation des jugements et de la foi due aux actes, J.T., 1978, 465 et s., n° 29 ; E. Causin (L'interprétation des contrats écrits vue à travers le contrat d'assurance, Bull. Ass., 1980, 257 et s.) insiste sur les conditions de preuve, de sens et de relance nécessaires à l'admission des faits extrinsèques à la convention.

(54) Sur l'importance des documents précontractuels, cf. Y. Poulet, infra, titre III, p. 157.

(55) A ce propos, Y. Hassler, op. cit., n° 130 ; du même auteur, note sous Cass., 16 mars 1977, J.C.P., 1978, II, 18.913.

l'étendue de la nullité (56).

La nullité ou la réduction d'un contrat, élément d'un groupe indivisible, rejaillit sur les autres contrats du groupe et permet d'invoquer également leur nullité, résolution, voire résiliation s'il s'agit d'un contrat à exécution successive tel un contrat de licence de logiciel ou de maintenance.

3) Application aux contrats informatiques

Quand peut-on affirmer que deux ou plusieurs contrats informatiques forment un tout indivisible ?

Sous réserve du pouvoir d'appréciation des juges, il nous semble qu'hormis les cas où la volonté des parties exprimées par l'un ou l'autre document indiquerait une indivisibilité des prestations, cette dernière existera rarement. On citera cependant quelques cas particuliers où la nature des prestations appelle leur indivisibilité. Ainsi, le contrat de logiciel de base est indissociable par nature du contrat de hardware, le logiciel de base étant précisément ce qui permet de faire tourner la machine et ne pouvant généralement être acquis auprès d'un tiers (57).

On peut citer un autre exemple où l'indivisibilité existera malgré la présence de différents fournisseurs, ce qui est plus rare. Ainsi, deux fournisseurs, spécialistes chacun de tel type de programmes d'application, sont chargés de mettre au point un programme unique, rassemblant des caractéristiques propres à leurs programmes spécifiques. Même si un contrat différent a été signé avec chacun d'eux, il est évident qu'en aucune manière les produits de chacun de ces contrats ne peuvent être divisés et que le client ne pourrait se satisfaire de l'un sans l'autre. Il s'agit d'une indivisibilité objective des prestations nonobstant le fait de la diversité des contractants.

Enfin, si un fournisseur réalise la confection d'un logiciel d'application en différentes phases dont chacune est l'objet d'un contrat, cette pluralité des contrats ne pourrait nier l'indivisibilité des prestations.

(56) Comp. « L'indivisibilité, critère de l'étendue de la nullité », dans Simler, Thèse citée, 358 et s., n° 295 et s. Pour une application jurisprudentielle, Cass., 21 février 1978, Rép. Defr., 1979, n° 31.904, p. 216, obs. E. Franck.

(57) La même idée était défendue par un client, acquéreur auprès d'un OEM d'un matériel. L'OEM avait également signé avec le client un contrat de maintenance qu'elle n'avait pu exécuter, ayant perdu la concession de distribution du matériel. Le client estimait que la résolution du contrat de maintenance devait entraîner la résolution du contrat de matériel, la maintenance étant nécessaire à la conservation du bien. Les juges rejetèrent sa demande : le client pouvait en effet s'adresser directement auprès du constructeur, voire auprès d'une S.S.C.I., pour maintenir le matériel.

Ainsi, on le pressent à travers ces exemples, l'indivisibilité des prestations, sauf volonté exprimée, n'existe que lorsqu'effectivement et nécessairement le produit de plusieurs prestations ne peut être envisagé séparément (58). Il ne suffit pas, nous semble-t-il, de constater l'unité de but poursuivie par chacune des prestations pour en déduire leur indivisibilité (59).

A cet égard, on notera une décision de la Cour d'appel de Paris (60) dont les faits méritent d'être soigneusement relevés. Plusieurs fournisseurs avaient été choisis en raison des produits originaux qu'ils fabriquaient. La combinaison de leurs prestations, dont l'exécution nécessitait une collaboration parfaite entre ces fournisseurs, devait permettre la mise au point et l'installation d'une chaîne de fabrication. Le client avait signé avec chacun un contrat et aucun fournisseur ne garantissait le bon fonctionnement de l'ensemble de la chaîne. La défaillance d'un fournisseur empêcha la réalisation de l'ensemble. Nonobstant les termes du contrat, les juges permirent au client d'obtenir la résolution de tous les contrats, constatant leur indivisibilité.

On retiendra de cette décision :

« Le fait que chacun savait que sa fourniture devait servir à faire fonctionner une chaîne Per Pac, et non pas être utilisée indépendamment de tout autre matériel, la circonstance que chaque fournisseur s'était concerté avec tous les autres, de manière à procurer à Gerblé, lui assuraient-ils, un bon fonctionnement de l'ensemble, ces diverses considérations conduisent à dire que, dans la commune intention des parties, chaque marché de fourniture était assorti d'une condition résolutoire tacite, non pas comme prévue à l'article 1184 du Code civil, mais consistant en ce que l'ensemble de la chaîne procure effectivement au client commun les résultats promis à celui-ci par tous les fournisseurs en général, et par chacun d'eux en particulier ».

En conclusion lorsqu'une opération d'informatisation exige pour sa bonne fin des prestations complémentaires et l'indispensable collaboration de toutes les parties de telle sorte que l'exécution de chaque prestation devient absolument nécessaire à l'exé-

(58) A ce propos, J. Boulanger, op. cit., 9, n° 6. La thèse de Teyssié, (op. cit., 97, n° 178) admet une interprétation plus subjective qui nous paraît trop extensive.

(59) Comp. en faveur de l'indivisibilité subjective, admise largement : « Compte tenu du rôle reconnu à la volonté des parties dans les contrats, il ne convient pas de maintenir partiellement un contrat ou un ensemble de contrats que les parties ont entendu réaliser de façon globale, de telle sorte qu'elles n'auraient pas consenti à l'un si l'autre n'avait pas été également conclu. » (J. Ghestin, op. cit., 758, n° 890).

(60) Paris, 22 avril 1967, R.T.D. comm., 1967, I, 447, obs. Prompt P. et Versini J.P.

cution des autres prestations (61), on doit admettre l'indivisibilité des conventions.

Article 3. — Le groupe à dépendance unilatérale

La réalisation d'une opération ne requiert pas toujours la conclusion de contrats de même importance. Un seul suffit pour que l'essentiel de l'objectif poursuivi soit atteint. D'autres, greffés sur le précédent, en constituent, cependant, un complément utile, voire nécessaire. Affectés à l'exécution du but visé à travers l'accord principal, ils occupent, à son égard, la position d'accessoires. Leur cause doit y être recherchée tandis que l'inverse n'est point vrai. Les liens de dépendance qui scellent ce complexe contractuel sont unilatéraux (62).

Les conséquences tirées par la doctrine de l'existence de la notion de « contrat accessoire » sont simples : un contrat accessoire n'a d'efficacité que dans la mesure où le contrat principal existe. Sa durée est limitée à la durée de vie du contrat principal. Ainsi, un contrat de maintenance n'a de valeur que pour autant que le contrat portant sur l'objet à maintenir existe, et il disparaît, il peut être résilié lors d'une résolution du contrat principal (63).

Dans la matière des contrats informatiques, on peut citer d'autres exemples de contrat accessoire. Ainsi, un contrat séparé de formation et d'assistance technique n'a de sens que si le contrat principal de logiciel est conclu ; les effets d'un contrat portant sur l'acquisition de logiciels utilitaires ne peuvent se concevoir sans l'existence du contrat principal portant sur le matériel et le logiciel de base.

(61) Ainsi, en cas de contrats, d'une part, portant sur les matériels et les logiciels nécessaires à un laboratoire et, d'autre part, sur les interfaces reliant l'ordinateur aux appareils de mesure.

(62) B. Teyssié, op. cit., n° 223.

(63) A l'inverse, le contrat de vente d'un ordinateur ne peut être résolu pour rupture du contrat de maintenance. C'est la leçon à tirer de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} octobre 1980 (Expertises, 1980, n° 25, 2 et s., note A. Bensoussan). Une société concessionnaire passe avec un utilisateur un contrat de crédit-bail relatif à un ordinateur. Elle s'engage en outre à exécuter une programmation sur mesure et, par un contrat séparé, à assurer la maintenance de l'ensemble. Cette société perd la concession et, dès lors, est incapable d'assurer la maintenance. L'utilisateur, forcé de s'équiper avec un autre ordinateur, réclame résolution du contrat de leasing. Le juge refuse la résolution. Il condamne certes le fournisseur à des dommages et intérêts contractuels, la proposition de maintenance ayant été un élément déterminant du contrat mais non une condition résolutoire de celui-ci.

On ne peut prévoir la validité juridique d'un contrat ou d'une clause contractuelle ni la solution que donnerait un tribunal à tel litige survenant entre parties avec la même certitude que l'on prévoit, par exemple, la solidité d'un pont : le droit n'est pas une science exacte et l'interprétation est autant un art qu'une science.

Pourtant, la sécurité juridique est une valeur fondamentale en droit : elle suppose que soit assurée la *prévisibilité* des citoyens. Aussi peut-on expliquer, notamment, que les lois sont en principe non rétroactives et qu'elles font l'objet d'une publication servant à les faire connaître.

Mais la prévisibilité totale est impossible à assurer. Les lois ne peuvent tout prévoir ni tout réglementer dans les détails sous peine d'être trop vite dépassées et de se révéler incomplètes parce que le législateur n'aurait su envisager ou imaginer tous les problèmes à venir. Il est donc nécessaire de confier au juge le soin d'adapter les règles légales à l'infinie richesse du vivant. Or cette interprétation des cours et tribunaux est partiellement imprévisible ainsi qu'on va le voir.

Il y a donc une certaine incompatibilité entre, d'un côté, la prévisibilité des solutions juridiques et, de l'autre, l'adéquation de la loi à la complexité des problèmes qu'elle doit résoudre. Telle est en effet l'essence même de la pensée juridique : elle est *dialectique*, c'est-à-dire qu'elle oscille entre des valeurs contradictoires.

SECTION 1 Les causes de l'incertitude

A l'intervention du juge dans un désaccord existant entre parties contractantes est inévitablement liée une certaine marge d'incertitude : entre le prescrit légal et la solution du problème vont s'intercaler l'interprétation que le juge donne de la règle et son appréciation personnelle des données concrètes de la situation qui est source de litige.

Cette marge d'incertitude est essentiellement variable. Elle est fonction de deux facteurs principaux : d'une part, le degré de plasticité des concepts utilisés par la règle de droit (§ 1) ; d'autre part, le degré de nouveauté du problème concret posé (§ 2).

§ 1 : LE DEGRÉ DE PLASTICITÉ DES CONCEPTS JURIDIQUES

Par définition, la loi est *abstraite* : elle ne règle pas tel problème concret, mais elle

a vocation à s'appliquer — dans le temps et dans l'espace — à plusieurs situations de vie. La loi procède donc par concepts, par notions. Et lorsque le juge est confronté à tel problème concret, il doit nécessairement effectuer un travail d'identification et d'adaptation : déterminer *quels* concepts s'appliquent au problème et *comment* ils le résolvent.

L'abstraction de la règle de droit engendre donc une certaine indétermination que le juge doit lever dans chaque affaire qu'il tranche.

Toutefois, le degré d'indétermination de la règle dépend de la manière dont elle a été techniquement conçue. Plus les concepts utilisés sont vagues ou indéterminés, plus le rôle de l'interprétation judiciaire est grand.

Ce rôle est particulièrement accentué en présence de ce que l'on nomme des *standards* : concepts très larges dont voici quelques exemples : le licenciement immédiat et sans préavis est possible en cas de « motif grave » ; « l'injure grave » est une cause de divorce ; les contrats doivent respecter les « bonnes mœurs » ; les contrats doivent être conclus et exécutés de « bonne foi ». On constatera à plusieurs reprises l'importance de ce concept de bonne foi dans la jurisprudence relative aux contrats informatiques.

Il faut ajouter que les standards ne se trouvent pas seulement dans les textes légaux ; ils sont aussi présents dans les *principes généraux* du droit qui sont, par définition, des règles générales et floues que les interprètes dégagent de la tradition et/ou de l'esprit des lois. Ainsi, par exemple, la théorie de *l'abus de droit* : ce mécanisme juridique très important n'est pas organisé comme tel par la loi, mais a été mis au point par la jurisprudence épaulée par le travail de réflexion de la doctrine (les auteurs). Grâce à cette théorie, les tribunaux exercent un contrôle sur l'exercice de la plupart des droits subjectifs, veillant à ce qu'ils ne soient pas détournés de leur finalité ou ne soient pas utilisés à des fins purement égoïstes (64).

L'incertitude due aux concepts larges et, plus généralement, à l'indétermination des règles abstraites doit toutefois être ramenée à sa juste dimension.

Nous avons déjà signalé que des tendances se dégagent dans l'interprétation des cours et tribunaux. Au fur et à mesure que des affaires similaires sont tranchées, les solutions jurisprudentielles se précisent et s'affermissent et, de ce fait, la prévisibilité des citoyens s'accroît.

(64) Sur cette théorie, voir notamment : P. Van Ommeslaghe, *Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi*, Rev. crit. jur. belge, 1976, 303 et s. ; Ghestin et Goubeaux, *Traité de droit civil — Les obligations*, T. I : Introduction générale, 575 et s.

Connaître le droit, c'est connaître non seulement les textes légaux, mais aussi la façon dont ils sont habituellement interprétés et appliqués par la jurisprudence.

Cela dit, la jurisprudence n'est pas toujours homogène, spécialement tant que la Cour de cassation n'a pas été amenée à se prononcer et à définir l'interprétation correcte dans une question controversée.

De plus, la part d'appréciation personnelle des juges subsiste sur la manière dont est appliquée, dans un cas précis, telle ou telle solution jurisprudentielle. Ainsi, en matière de contrats informatiques, la jurisprudence semble désormais fixée quant au fait que les parties contractantes ont un important devoir de collaboration dans l'exécution du contrat (infra, p. 74). Mais l'appréciation, dans un cas particulier, de la façon dont la collaboration s'est exercée, de son caractère suffisant ou non, est une appréciation personnelle et inévitablement subjective des magistrats auxquels le problème concret est soumis.

Enfin la jurisprudence évolue, pour adapter les solutions à l'évolution des réalités économiques et sociales, pour résoudre des problèmes nouveaux, ce qui conduit à l'examen d'un second facteur d'incertitude.

§ 2 : LE DEGRÉ DE NOUVEAUTÉ DU PROBLÈME CONCRET POSÉ

Il découle logiquement de ce qui vient d'être dit que la marge d'incertitude quant aux solutions juridiques est également fonction du degré d'originalité du problème concret posé au juge.

Lorsque des problèmes nouveaux apparaissent, il faut souvent dégager de nouvelles interprétations et de nouvelles solutions jurisprudentielles. Avant que ces solutions nouvelles ne deviennent des tendances fermes et soient éventuellement consacrées par la Cour de cassation, il existe une période où l'incertitude est plus aigüe.

Quant à ceux qui soumettent pour la première fois un problème inédit aux tribunaux, ils sont inévitablement perplexes. Et si, à l'occasion de leur affaire, le tribunal dégage une solution nouvelle, elle s'appliquera à eux sans qu'ils aient pu la prévoir : au contraire de la règle légale, la « règle » jurisprudentielle s'applique *retroactivement* ; dans notre système juridique, les solutions de la jurisprudence sont élaborées à l'occasion des litiges qui lui sont soumis.

En raison de sa nouveauté et de sa complexité, la matière des contrats informatiques subit de plein fouet l'incertitude résultant de l'élaboration progressive — et parfois hésitante — d'une jurisprudence confrontée aux problèmes originaux posés par ces

contrats. Et chaque fois qu'une solution originale est élaborée, elle heurte particulièrement la prévisibilité des justiciables dont le litige a permis l'apparition de la solution en question. Il suffit d'imaginer, par exemple, que, demain, plusieurs décisions de justice affirment l'indivisibilité de principe, nonobstant toutes clauses contraires, des multiples conventions conclues pour une seule opération d'informatisation (supra, p. 48) pour avoir une idée des surprises que peuvent causer les solutions nouvelles de la jurisprudence.

SECTION 2

La double incertitude en matière contractuelle et ses correctifs

En matière contractuelle, les justiciables sont non seulement soumis à l'interprétation que les juges donnent de la loi dans la mesure où celle-ci s'applique à leur relation, mais encore à l'interprétation que le juge donne de leur contrat si un litige existe entre eux à ce propos.

Lorsque l'écrit constatant un contrat n'est pas clair ou contient des termes ambigus ou vagues, il se peut que les parties signataires soient en désaccord sur l'interprétation qu'il convient de leur donner. Si le différend est porté devant un juge, c'est lui qui, en définitive, tranchera. Et la solution qu'il donnera n'est pas absolument prévisible puisqu'ici encore on se trouve, par hypothèse, devant des clauses ou des termes porteurs d'une certaine indétermination.

L'incertitude qui résulte de l'interprétation du contrat par le juge est toutefois limitée en raison de l'existence de règles d'interprétation des contrats, établies par le Code civil et précisées par la Cour de cassation (§ 1).

D'autre part, cette incertitude peut être réduite par les contractants, au moins grâce à certaines précautions prises lors de la rédaction de leurs conventions (§ 2).

§ 1 : LES RÈGLES D'INTERPRÉTATION DU CONTRAT

« Pour être appliquée, la loi contractuelle requiert souvent une interprétation préalable, comme la loi générale, mais pas entièrement pour les mêmes causes. La loi contractuelle n'a pas, par rapport aux faits, le même degré d'abstraction que la loi générale ; ses clauses peuvent parfois être très concrètes. Pour elle, l'interprétation n'est donc pas imposée par la nécessité rationnelle d'adapter aux faits la règle abstraite. Il ne s'agit que de dissiper des obscurités et de résoudre des contradictions dans la rédaction — ce qui, du reste, peut être aussi un aspect de l'interpréta-

tion des lois. » (65).

Le juge du fond, sous réserve d'un contrôle de la Cour de cassation (66), dispose pour ce faire d'un « principe » (article 1) et de deux « maximes » selon l'expression de Carbonnier (67) (article 2).

Article 1. — La recherche de la commune intention des parties

Le principe est clair : les juges, suivant le postulat du consensualisme (cf. supra, p. 30), doivent rechercher par tous moyens, même extrinsèques à l'acte, la commune intention des parties (article 1156 C. civ.) : c'est elle et non le document écrit (68) qui constitue le contrat.

Ainsi, les juges ont pu estimer que l'expression utilisée dans un contrat informati- que suivant laquelle le fournisseur « respectera » les performances stipulées dans le cahier des charges, ne pouvait équivaloir à une obligation d'atteindre ces performances, lorsqu'il apparaissait nettement du contexte contractuel que l'obtention de telles performances dépendait également de prestations laissées à la responsabilité de l'utilisateur (en l'occurrence, celui-ci devait réaliser certains programmes d'application).

Cette commune intention doit être recherchée par une étude « synthétique » de la convention. L'article 1161 du Code civil stipule en effet que « toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. »

Pour définir cette commune intention des parties, les juges pourront se référer aux « usages » (articles 1159 et 1160 du Code civil) en vigueur dans tel ou tel type de contrat. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, le 22 décembre 1981 (69), estime à propos d'un contrat de maintenance que, nonobstant l'absence de clause relative au délai d'exécution des interventions et au seuil d'immobilisation des matériels, les parties ont entendu tacitement se référer aux usages déterminant le taux moyen d'indisponibilité, à savoir 10% du temps-machine.

(65) J. Carbonnier, Droit civil, T. IV, Paris, 1972, n° 66.

(66) Sur cette question du contrôle de la Cour de cassation, lire entre autres F. Dumon, De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes, J.T., 1978, 465 et s.

(67) Selon E. Causin, ces principes et maximes s'imposent impérativement selon un ordre précis (E. Causin, L'interprétation des contrats écrits vue à travers le contrat d'assurance, Bull. Ass., 1980, 257 et s.).

(68) Trib. comm. Brux., 18 février 1980, J.C.B., 1981, 575 et s.

(69) Paris, 22 décembre 1981, NCR France c/ Général Biscuit, Jurisdata, 027303. Le tribunal de commerce de Marseille (Satav c/ Burroughs, Expertises, 1982, n° 40, 103) détermine même que le taux de panne, suivant les usages, ne peut dépasser entre 5 et 10%. Il ajoute, toujours en se référant aux usages, que le fournisseur qui a rédigé les programmes d'application sans attendre l'approbation par l'utilisateur de l'analyse organique est en faute.

« Il n'y a donc pas lieu d'attacher aux termes du contrat une valeur sacramentelle ni de les interpréter a priori restrictivement, sous prétexte que tout contrat est une exception, toute obligation un empiètement sur la liberté naturelle. C'est selon l'esprit, de bonne foi, et non pas à la lettre, en droit strict, qu'il faut appliquer les conventions ; l'article 1134, al. 3, rejoint l'art. 1156 » (70).

Ainsi :

- on peut faire prévaloir les clauses manuscrites sur les clauses préimprimées, les premières reflétant mieux que les secondes l'intention des parties ;
- on pourra aller jusqu'à tenir certaines clauses, dites clauses de style, non avenues, « s'il apparaît que, reproduites dans l'acte par imitation purement mécanique, elles n'ont pas été réellement voulues ni pensées par les contractants. » (71).

Article 2. — Les deux maximes complémentaires

Ces deux maximes affirment :

1° La nécessité d'une *interprétation favorable au débiteur* (article 1162 du Code civil) de la prestation envisagée. En cas de clause de non-responsabilité, le créancier en défaveur de qui la convention doit s'interpréter est, quant à cette clause, le bénéficiaire de cette interprétation (72).

En cas de contrat de vente, l'article 1602 du Code civil établit que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur.

2° La préférence pour le sens utile du contrat. Il faut interpréter une clause plutôt dans le sens de sa validité que dans le sens de sa nullité (73).

§ 2 : LES PRECAUTIONS DANS LA RÉDACTION DU CONTRAT

On se contentera de noter deux techniques qui permettent aux parties de réduire la zone d'incertitude résultant de l'interprétation du contrat par le juge.

La première consiste à annexer à la convention un préambule qui permet aux deux parties de préciser leurs objectifs. Ce document est extrêmement précieux pour fixer leur commune intention (74).

(70) J. Carbonnier, op. cit., n° 66.

(71) Cette conclusion devra être appliquée avec prudence en matière de contrats conclus entre commerçants.

(72) A cet égard, cf. les attendus de la Cour de cassation du 22 mars 1979, R.C.J.B., 1981, 189, et la note de L. Cornélis.

(73) Sur toutes ces règles, le lecteur se référera utilement à Causin, op. cit., 59.

(74) A propos du préambule, cf. infra, titre III, chapitre 2, et l'exemple-type de préambule présenté dans ce chapitre, p. 157 et s.

La deuxième est l'emploi d'un texte, voire de définitions claires. Les contrats informatiques reprennent souvent des définitions précisant le sens à donner à tel et tel terme (75), énumèrent limitativement les prestations, objet du contrat et excluent nommément toute autre prestation (76).

Enfin, la clause des 4 coins déjà signalée (77) permet d'exclure toute une série de documents comme interprétatifs de la volonté des parties.

De telles clauses limitent le pouvoir d'interprétation du juge : « Le juge ne peut aller à l'encontre d'un texte clair et lui faire dire autre chose que ce qu'il exprime, s'il l'exprime clairement » (78) ... sauf, ajoute la doctrine, lorsqu'il peut faire valoir, contre l'interprétation littérale, des faits intrinsèques prouvés, significatifs et relevant.

(75) A propos des définitions données, le contrat CECUA, dans son commentaire, note : « Ces définitions éviteront que le sens des expressions employées dans le texte qui suit soient interprétées de façon différente, dans un contexte où elles pourraient — sans que le rédacteur l'ait voulu — être sujettes à une signification particulière ... ».

(76) Exemple : « Sauf ce qui est spécialement prévu au présent contrat, il n'existe pas d'autres garanties formelles ou implicites, y compris, mais sans limitation, toutes garanties implicites de possibilité de commercialisation ou d'adaptation à une fin déterminée ».

(77) Cf. supra, p. 43.

(78) R. André et H. Hoste, Les assurances de droit commun, 1964, 7, n° 6, cité par Causin, op. cit., 59. Cf. également la doctrine du sens clair, développée par De Page, op. cit., T. II, 1964, 557, n° 568.

CHAPITRE 4 : LES DIFFÉRENTS MOMENTS DU CONTRAT ET LES DIFFÉRENTS MOMENTS DE L'OPÉRATION INFORMATIQUE

Il ne s'agit pas ici d'exposer de façon complète les différentes étapes de la naissance et de la vie d'un système et de prétendre en analyser la portée juridique. On confrontera simplement les divisions apportées par le droit dans sa compréhension de la vie d'un contrat (section 1) et on introduira quelques réflexions sur l'application de ce découpage contractuel au découpage dans le temps de l'opération informatique (section 2), ce qui amènera à quelques conclusions (section 3).

SECTION 1

Le découpage contractuel

§ 1 : LA PÉRIODE PRÉCONTRACTUELLE

« Entre l'initiative que constitue l'entrée en pourparlers, ou l'offre, et la conclusion du contrat, se situe souvent une période précontractuelle qui peut être parfois de longue durée » (79). On aura l'occasion de revenir sur l'importance de cette période et sur la multiplicité des documents qui l'émaillent (80).

§ 2 : LA CONCLUSION DU CONTRAT

La manifestation de volonté qui marque la conclusion du contrat se fait généralement par la signature d'un document écrit (81). Il est rare, encore que non impossible, que la conclusion d'un contrat informatique se passe sans écrit (82) ; mais la complexité de l'objet de ce contrat justifie qu'une preuve écrite de son contenu soit établie. Ces documents écrits intitulés « contrats » peuvent être accompagnés de documents annexes joints matériellement au contrat ou auxquels ceux-ci font clairement référence (83).

§ 3 : L'EXÉCUTION DU CONTRAT

On distingue classiquement les contrats à exécution instantanée et les contrats à

(79) J. Ghestin, op. cit., n° 227, 175.

(80) Y. Pouillet, Les documents de la période préparatoire ... : cf. infra, p. 162.

(81) Cet écrit peut être la simple signature d'un bon de commande.

(82) ... ainsi, par un simple coup de téléphone ou un échange de télex.

(83) Sur la diversité de ces documents annexes, cf. infra, Y. Pouillet, Les documents de la période préparatoire ... : infra, p. 162.

exécution successive. « Cette distinction tend à rendre compte du facteur temps dans l'exécution du contrat. Celui-ci peut s'exécuter instantanément, par exemple dans une vente au comptant. Il peut également se prolonger dans le temps ... Certains contrats supposent même, par nature, une exécution plus ou moins prolongée. C'est à cette dernière catégorie que s'applique avec certitude la qualification de contrats à exécution successive » (84).

Les conséquences juridiques de la distinction sont connues : la non-exécution d'un contrat à exécution instantanée entraîne la possibilité pour le lésé de demander *résolution* du contrat ; la non-poursuite de l'exécution d'un contrat à exécution successive entraînera, sous réserve de ce qui sera dit au § 4 suivant, une simple *résiliation*. La résolution opère en effet un retour en arrière, elle rétroagit et remet les parties dans la situation préexistante à leur relation contractuelle, obligeant chacune à restituer les prestations déjà effectuées. La résiliation opère ex nunc. Elle ne permet pas aux parties de revenir sur la situation juridique née du contrat, mais dispose pour l'avenir, mettant fin à la poursuite des relations.

La clarté de cette distinction n'est qu'apparente lorsqu'on cherche à l'appliquer à la matière des contrats informatiques. Ainsi, si la vente est le type même de contrat instantané, on ne peut nier que l'exécution de la vente d'objets informatiques, excepté le cas de vente d'objets simples (disquettes, rubans magnétiques, etc.), s'étend dans le temps : la vente d'un matériel suppose sa livraison, son installation, sa mise en fonctionnement, sa réception après jeux de test. Faut-il en conclure qu'il s'agit d'un contrat à exécution successive ? Si le critère de la distinction est la durée d'exécution, il faut répondre par l'affirmative. Une telle conclusion heurte cependant le bon sens, car la conséquence juridique à en tirer est que le contrat non exécuté ne pourrait être que résilié à la date de sa non-exécution et non résolu. L'absurdité de cette solution amène à préciser la notion de contrat à exécution instantanée. Le contrat à exécution instantanée doit être défini comme le contrat dont la prestation principale doit se constater en un temps, même si l'exécution de cette prestation peut s'étaler dans le temps. Ainsi, le paiement du prix peut être fractionné, mais ce n'est qu'au terme des différentes échéances prévues qu'on constatera s'il y a eu ou non paiement. Ainsi, la délivrance d'une chose conforme, objet de la prestation du vendeur, doit se constater au terme des différentes étapes de l'installation et de la réception.

Par contre, on définira le contrat à exécution successive comme celui dont la prestation ne peut se réaliser qu'en divers moments étalés dans le temps.

(84) J. Ghestin, op. cit., n° 25.

§ 4 : L'EXTINCTION DU CONTRAT

L'extinction d'un contrat informatique peut résulter de différentes causes :

- par réalisation de la prestation due ;
- par expiration du délai prévu contractuellement ou suite à un préavis s'il s'agit de contrats à durée indéterminée ;
- par résiliation anticipée du contrat par l'utilisateur dans certains types de contrats (en particulier, dans les contrats de licence de produits de programmes où la période des 30 premiers jours est considérée comme une période test) ;
- par résolution (dans les contrats à exécution instantanée) ou résiliation (dans les contrats à exécution successive) du contrat en raison de l'inexécution de ses obligations par l'une ou l'autre partie contractante (cf. infra, p. 105 et s.).

§ 5 : REMARQUE IMPORTANTE : L'AMBIGUÏTÉ DU TERME « RESILIATION »

Le terme « résiliation » est utilisé pour désigner deux modes différents d'extinction du contrat à durée successive, modes qu'il convient de distinguer soigneusement car leur régime n'est pas du tout semblable. Il y a d'un côté la résiliation au sens de rupture ; de l'autre, la résiliation au sens de renonciation ou de dédit.

La résiliation-rupture intervient à l'initiative du créancier pour *sanctionner l'inexécution* du contrat par le débiteur.

La résiliation-renonciation-dédit intervient à l'initiative de l'une ou l'autre partie qui manifeste sa volonté de ne pas poursuivre l'opération contractuelle parce que tel est son bon plaisir et non parce que l'autre est en défaut d'exécution.

La résiliation-rupture est régie par l'article 1184 du Code civil (cf. infra, p. 105).

La résiliation-renonciation ou dédit est régie par la loi et le contrat de la manière suivante (pour l'essentiel) :

- a) Si le contrat à exécution successive est à *durée indéterminée*, cette résiliation unilatérale fait exception à l'article 1134, alinéa 2, du Code civil : elle est toujours permise à l'une ou l'autre partie, car il est de principe qu'on ne peut s'engager de façon illimitée (principe consacré à l'article 1780 du Code civil). Cette résiliation n'a pas à être justifiée — sauf application de la théorie de l'abus de droit (ainsi, en cas de licenciement abusif). Mais, souvent, elle doit s'accompagner d'un *préavis* fixé tantôt par la loi, tantôt par le contrat.

- b) Si le contrat à exécution successive est à durée déterminée, une clause qui permet à l'une ou l'autre partie de se dédire avant l'expiration de la durée prévue est déroga-toire à l'article 1134, alinéa 2, du Code civil : cette dérogation est en principe valable puisqu'elle a été décidée d'avance par les parties (85).

Au cas de contrat à durée déterminée, il est souvent prévu que le contrat est renouvelable à l'échéance, sauf manifestation contraire de l'une ou l'autre partie : cette manifestation de volonté est couramment appelée résiliation alors qu'il n'y a même pas révocation du contrat, mais seulement volonté de ne pas le renouveler.

SECTION 2 Le découpage technique

§ 1 : LA PHASE PRÉPARATOIRE

Sous réserve de précisions ultérieures (86), il s'agit de la phase qui s'étend de l'étude d'un projet d'informatisation ou d'extension de l'informatisation à la décision définitive. Elle se compose de multiples documents (étude d'opportunité, plan informa-tique, cahier des charges, etc.). Elle peut faire l'objet d'un contrat (par exemple : con-trat de conseil qui serait souscrit auprès d'une S.S.C.I.) (87).

§ 2 : LA PHASE DE DÉCISION

La décision peut s'opérer en un ou plusieurs temps. On peut en effet choisir tel ou tel matériel et réserver à plus tard le choix des programmes. La décision ne correspond pas nécessairement à la signature d'un contrat. Bien souvent les parties marquent leur accord sous réserve d'un contrat à rédiger (88).

§ 3 : LA PHASE DE MISE EN PLACE

Cette phase se décompose généralement en plusieurs étapes suivant un planning, hélas rarement établi de façon complète et ferme.

Il s'agit en effet de tenir compte des délais de livraison, de l'installation, de la

(85) Voir toutefois l'analyse de X. Thunis, *infra*, p. 399 et s.

(86) Cf. Y. Pouillet, *Les documents de la période préparatoire ...* : *infra*, p. 157 et s.

(87) Cf. à propos de la modification des obligations réciproques de l'utilisateur et du fournisseur en cas d'intervention d'un conseil extérieur, nos remarques dans : *Problèmes juridiques posés par la multipli-cité des prestataires*, *infra*, p. 119 et s.

(88) Cf. le document précontractuel étudié par Y. Pouillet, *Les documents de la période préparatoire ...* : *infra*, p. 170.

réception provisoire (sur jeux de test) puis définitive (en charge réelle) (89) du matériel. Il s'agit ensuite de prévoir des délais d'élaboration du ou des programmes et l'implanta-tion de ceux-ci (90) etc.

Chacune de ces étapes peut faire l'objet d'un document écrit, constatant l'avance-ment des travaux (91).

§ 4 : LA VIE DU SYSTÈME

Une opération d'informatisation met en place une structure contractuelle vivante. On songe en premier lieu à la maintenance du système, à l'assistance sur place des four-nisseurs et, en ce qui concerne les licences de programmes, à l'abonnement aux nouvel-les versions. On envisage, en outre, l'extension du système à de nouvelles applications qui peuvent poser de délicats problèmes de compatibilité des matériels et programmes nouveaux avec le système préalablement installé.

SECTION 3 Comparaison et problème

La mise en parallèle des découpages juridique et technique met en évidence non seulement que toute opération d'informatisation suppose l'existence d'une multiplicité de contrats, mais en outre que, comme dans un contrat de vente de technologie (92), utilisateurs et fournisseurs sont condamnés à s'entendre. L'utilisateur ne peut se payer le luxe d'une remise en cause des décisions qu'il a prises : les choix informatiques qu'il a faits conditionnent l'organisation et la vie de son entreprise. Aussi, les parties préfé-rent recourir à la négociation que porter leur litige devant les tribunaux : l'accent est mis avant tout sur le devoir de collaboration des parties et les arguments seront princi-palement commerciaux avant d'être juridiques. Cette remarque introduit le chapitre suivant : le contentieux de l'opération informatique.

(89) Sur les différentes phases de l'acceptation, cf. E. de Lophem et X. Thunis, *Acceptation et garanties*, *infra*, p. 254 et s.

(90) Il est évident que les programmes, même s'ils sont livrables en version standard dès la livraison du hard-ware, ne peuvent souvent être implémentés que progressivement sous peine d'une désorganisation com-plète des services de l'entreprise.

(91) A cet égard, les contrats prévoient généralement la constitution de différents lots correspondant à la mise en place des différents éléments du système informatique (hardware — terminaux — logiciels d'application — interfaces). Chacun de ces lots est l'objet d'un procès-verbal.

(92) Sur cette réalité, M. Salem et M. Samson, *Les contrats « clé en main » et les contrats « produits en main »* : technologie et vente du développement, Paris, 1979 et les conclusions de P. et Y. Pouillet, *Les contrats informatiques*, J.T., 1982, 27.

En cas de conflit majeur entre un fournisseur et un utilisateur, plusieurs issues sont envisageables.

On en distinguera trois : la transaction, l'arbitrage et le recours judiciaire. Chaque technique présente des avantages mais également des inconvénients. Il importe de les préciser.

SECTION 1 La transaction

L'article 2044 du Code civil définit la transaction comme « un contrat par lequel les parties terminent une contestation ou préviennent une contestation à naître ». Ce contrat, ajoute l'article, « doit être constaté par écrit. »

L'intérêt de la transaction est certes sa simplicité qui la rend en principe peu coûteuse. Les parties discutent entre elles sans qu'un tiers doive intervenir. Si la présence d'un conseil juridique auprès de chaque partie n'est cependant pas rare, la transaction, dans la mesure où elle reste secrète, évite la détérioration de la situation conflictuelle apparue.

On notera la conséquence importante de la transaction. Elle a entre parties, autorité de chose jugée en dernier ressort. C'est dire qu'elle pourra difficilement être remise en cause.

A cet égard, le droit prévoit cependant des exceptions : l'erreur sur la personne ou sur l'objet de la transaction, le dol et la violence. On renverra le lecteur à la signification de telles notions et aux conditions de prise en considération de tels vices de consentement (infra, p. 77). Par contre, l'erreur de droit, c'est-à-dire une erreur d'appréciation quant aux conséquences juridiques de la situation dans laquelle on se trouve lors de la transaction ne peut être admise. Les parties sont censées s'être renseignées sur leurs prérogatives juridiques. Ainsi, l'utilisateur qui, ignorant le revirement de la Cour de cassation quant au devoir de conseil du fournisseur, a transigé, n'espérant rien obtenir d'une décision judiciaire, ne peut, découvrant son erreur, réclamer l'annulation de la transaction. Il peut la demander par contre s'il ignorait, lors de la transaction, que le matériel non conforme à ses besoins n'était pas celui désigné au contrat. L'erreur dans ce cas est une erreur matérielle.

Par la transaction, les deux parties règlent en toute liberté le sort futur à réserver à la convention passée. Ainsi, ils peuvent décider de cesser leurs relations, l'octroi de nouvelles garanties, le remplacement d'un élément de la configuration, etc.

SECTION 2 L'arbitrage (93)

L'arbitrage nécessite la présence d'un tiers, l'arbitre. A la différence du juge, il s'agit d'une ou de plusieurs personnes privées, réglant une procédure dont le déroulement et la conclusion restent en principe secrets.

La procédure arbitrale doit être décidée de commun accord, soit au moment de l'apparition du litige, soit dès la conclusion du contrat. La clause d'arbitrage contiendra souvent la référence à une procédure institutionnalisée tel le règlement d'arbitrage de la C.C.I. ou, en Belgique, du CEPANI. L'intérêt de tels règlements est d'offrir une procédure dont toutes les modalités sont précisées (nombre d'arbitres [1 ou 3], mode de désignation [les 2 arbitres choisis par les parties désignent à leur tour le troisième], durée de l'arbitrage, etc.). Il est évident que les arbitres seront choisis parmi des experts ayant une connaissance approfondie dans la matière en litige. On soulignera cet avantage de la procédure arbitrale.

Un autre avantage mérite d'être souligné. Les arbitres, même s'ils se réfèrent en principe au droit applicable au litige, peuvent faire de plus larges emprunts pour la solution de l'affaire aux usages professionnels et à la déontologie. La clause d'amicable composition qui doit nécessairement être conclue *après* la naissance du litige (article 1700 du Code judiciaire) leur permet même de se dégager complètement des règles de droit et de statuer « ex aequo et bono ».

Enfin, on ajoutera que la décision arbitrale prise peut être exécutée contre le condamné récalcitrant. Pour cela, l'autre partie réclamera l'exequatur du juge du lieu d'exécution. La procédure d'exequatur est rapide. Elle se limite à un contrôle de la qualité des arbitres et des parties ainsi qu'à l'inexistence de toute violation de règles d'ordre public (ex. : un arbitrage conclu à propos d'un matériel informatique importé illicitement nonobstant un embargo).

(93) Pour plus de détails à ce propos, voir J.C. Slucki, La procédure arbitrale dans le règlement des litiges en informatique, O 1 Inform. mensuel, n° 141, 1981, 34.

SECTION 3 La procédure judiciaire

On notera une particularité de cette procédure lorsqu'elle est appliquée aux contrats informatiques. Les juges de l'ordre judiciaire sont en effet rarement compétents en des matières aussi techniques que celles mises en jeu par l'informatique (94). De là, le fréquent appel des tribunaux à des experts dont la nomination est parfois réclamée d'urgence par le demandeur avant même que le juge ne statue au fond du procès (nomination d'un expert par référé). A propos de l'expert, on ajoutera les quelques remarques suivantes :

- la tendance à voir l'expert désigné se muer en véritable arbitre et aider les parties à dégager une solution ;
- le fait que parfois deux experts sont nommés : un expert technique appréciant d'un point de vue technique les griefs des parties (le matériel est-il apte ou non à répondre aux besoins exprimés par le client ?), un expert comptable chargé d'évaluer les dommages subis par les parties en suite du litige ;
- la mission de plus en plus large donnée à l'expert, le juge se bornant à quelques déclarations de principe (95).

Quant à la procédure judiciaire, on connaît le principe du double degré de juridiction, la Cour d'appel ayant à connaître éventuellement des recours contre les décisions en première instance du tribunal de commerce, sans omettre la possibilité d'intervention auprès de la Cour de cassation, lorsque les juges du fond ont méconnu une règle de droit (par exemple, les juges ont omis de répondre à un argument invoqué par l'une des parties).

Si l'on se plaît à souligner la longueur de la procédure judiciaire, une procédure complète (première instance, appel) pouvant prendre plus de trois ans, on notera cependant que le Code judiciaire met à la disposition des parties une procédure d'urgence permettant de régler provisoirement la situation entre parties. Il s'agit de la procédure en référé ou de la requête unilatérale (articles 1025 et s. du Code judiciaire).

(94) Il convient toutefois de signaler la progressive reconnaissance de chambres spécialisées. Ainsi, la 5ème chambre de la Cour d'appel de Paris connaît de la plupart des litiges en matière de contrats informatiques.

(95) Sur ce point, voir P. et Y. Poullet, *Les contrats informatiques*, J.T., 1982, 18, en particulier note 143.

SOUS-TITRE II LE REGIME GENERAL APPLICABLE AUX DIFFERENTS MOMENTS DU CONTRAT

CHAPITRE I : LA PÉRIODE PRÉCONTRACTUELLE

SECTION 1

Le principe de bonne foi dans la conclusion du contrat informatique

§ 1 : LE PRINCIPE ET SES CONSÉQUENCES

Les parties à une opération informatique sont tenues, en vertu d'une interprétation extensive de l'article 1134, al. 3 du Code civil (1), à une obligation générale de rectitude, de loyauté et de collaboration dans la conduite de leurs négociations. La bonne foi préside non seulement à la phase d'exécution du contrat, mais également à sa formation (2).

Certains comportements des parties, certaines erreurs de conduite, commis pendant la période des pourparlers, n'aboutissent pas à la rupture des pourparlers ni de façon plus générale à la non-conclusion du contrat (3). Bien au contraire, les conséquences de ces erreurs ne se manifestent qu'après la conclusion du contrat : les parties ou l'une des parties ont, de par ces comportements, mal déterminé les prestations informatiques, objet du contrat.

La jurisprudence française en particulier a mis en évidence les devoirs et obligations que se doivent mutuellement les parties engagées dans la négociation d'une opération informatique. Elle les a déduits de l'obligation générale de bonne foi et de prudence évoquée.

(1) Cf. à cet égard, les remarques de de Bersaques à propos des travaux préparatoires du Code civil. Il semble bien que les rédacteurs du Code civil n'ont pas entendu limiter le rôle de la bonne foi à la période d'exécution du contrat comme pourrait le faire croire le libellé de l'article 1134 (A. de Bersaques, *L'abus de droit en matière contractuelle*, note sous Liège, 14 février 1964, R.C.J.B., 1969, 497 et s.).

(2) « Une nombreuse doctrine confirme cette obligation de bonne foi dès la formation du contrat » (A. de Bersaques, *La lésion qualifiée et sa sanction*, note sous Trib. comm. Bruxelles, 20 février 1970, R.C.J.B., 1977, 29, n° 24 in fine et les références citées).

(3) En ce qui concerne la responsabilité des parties lors de la non-conclusion d'un contrat, voir Y. Poullet, *Les documents de la période préparatoire ...* : infra, p. 158 et s.

- En bref, la jurisprudence met à charge :
- des deux parties, une obligation d'information ou de renseignement ;
 - du seul fournisseur, une obligation de conseil et de mise en garde.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 avril 1979 (4) traduit remarquablement cet équilibre des devoirs mis à charge des deux parties.

« Il appartenait à l'utilisateur, qui ne pouvait ignorer les difficultés inhérentes à l'adoption de procédés informatiques, de définir ses besoins et les objectifs à atteindre en précisant clairement la nature et l'importance des travaux qu'il souhaitait voir mécaniser, au besoin en ayant recours à un conseil spécialisé qui aurait su traduire dans un langage approprié les opérations à traiter ; qu'il lui revenait de prévoir un personnel suffisant et de faire assurer la formation de ce personnel, le cas échéant, par des stages professionnels appropriés ».

« Il appartenait pour sa part au constructeur, surtout en l'absence de tout conseil spécialisé, d'aider le client à exprimer ses besoins, de les interpréter et de procéder à une étude approfondie qui lui aurait permis, compte tenu de la clientèle manifestement importante de l'utilisateur, de recenser les « applications » et de proposer un matériel et les méthodes de traitement adaptés ; qu'il lui revenait également, sinon d'imposer, du moins de conseiller à l'utilisateur de s'adjoindre les services d'un personnel plus important de façon à assurer tout à la fois le maintien de l'ancienne gestion comptable et le transfert des activités sur les procédés informatiques ».

§ 2 : LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE

Explicitons chacun des devoirs propres de l'utilisateur d'une part, du fournisseur d'autre part. Cette explicitation suivra l'ordre temporel des tâches préliminaires à la décision d'informatiser (5).

Article 1. — L'expression des besoins : les données propres de l'entreprise : étude d'opportunité et analyse fonctionnelle

C'est au client, à l'utilisateur « de définir d'une façon précise eu égard à son organisation et à ses problèmes spécifiques tous les éléments qui doivent entrer en compte

(4) Paris, 3 avril 1979, Expertises, 1979, n° 10, 1 et 2 (et les commentaires de H. Gevaert, De l'obligation du vendeur d'informer son client, Expertises, 1979, n° 12, 3 et s.).

(5) Pour plus de détails sur l'obligation de bonne foi dans la conclusion d'un contrat informatique, voir P. et Y. Pouillet, Les contrats informatiques : réflexions sur dix ans de jurisprudence belge et française, J.T., 1982, 17, n° 14 et s. ; Y. Pouillet et Ph. Ullmann, La mission de l'organisateur-conseil en informatique, obs. sous Trib. comm. Charleroi, 18 décembre 1981, J.T., 1983, 285 et s.

pour permettre l'utilisation d'un ordinateur » (6).

L'utilisateur est maître de son entreprise. C'est à lui qu'incombent l'étude de faisabilité et l'analyse fonctionnelle. A ces stades, le fournisseur n'a pas une tâche purement passive, « il doit s'informer des besoins de l'utilisateur, c'est-à-dire recueillir les données de son problème » (7). Eventuellement, il devra aider l'utilisateur à exprimer ses besoins si les données fournies par ce dernier apparaissent incomplètes ou contradictoires. Le fournisseur ne peut être tenu de satisfaire des besoins non exprimés (8).

Article 2. — La traduction des besoins : le cahier des charges

La rédaction d'un cahier des charges, document consacrant avec précision les besoins de l'utilisateur, est-elle nécessaire et, le cas échéant, l'utilisateur peut-il être tenu de recourir à un consultant ?

Au départ, jurisprudence et doctrine estimaient qu'il était du devoir de l'utilisateur de dresser un cahier des charges et, pour ce faire, de recourir éventuellement aux services d'un conseiller (9). Par la suite, elle s'est montrée plus hésitante : la décision déjà citée de la Cour d'appel de Paris (10) ne met plus à charge de l'utilisateur le devoir de prendre un conseil (11), sauf en ce qui concerne certains contrats relatifs à des logiciels d'application où elle semble tirer de l'obligation de l'utilisateur de définir ce qu'il veut, la nécessité de se faire conseiller (12).

(6) Paris, 24 mai 1977, Promill c/ Singer, Expertises, 1978, n° 3, p. 7. Cf. également Paris, 8 juillet 1980, Idegeco c/ Natel, Jurisdata, n° 27887, où la responsabilité de l'utilisateur pour la non-réussite de l'opération d'informatisation fut retenue, celui-ci ayant transmis des informations comptables largement incomplètes ; Paris, 18 novembre 1978, Faucheur c/ de Royffelaere et I.C.C. France, Jurisdata, n° 545, où l'utilisateur avait donné des renseignements inexacts sur ses méthodes de gestion.

(7) Trib. comm. Bruxelles, 7 janvier 1980, J.C.B., 1981, p. 571, note G. Vandenberghe.

(8) On conçoit dès lors tout l'intérêt d'un document synthétique reprenant l'ensemble des besoins exprimés ainsi que les données et informations nécessaires. Ce document signé par les deux parties, préalable à la conclusion du contrat, faciliterait en cas de contestation, soit, au fournisseur, la preuve de l'analyse insuffisante faite par l'utilisateur de ces besoins, soit, à l'utilisateur, la preuve de leur mauvaise traduction.

(9) La décision Flammarion c/ IBM du Tribunal de commerce de Paris, l'affirmait également. « Il appartient au client d'établir un cahier des charges définissant les caractéristiques du matériel. Ce n'est pas au constructeur de le faire. Si le client n'en est pas capable, il a au moins l'obligation de recourir à un cabinet de conseil » (Megret et Daudier de Cassini, note sous Trib. comm. Paris, G.P., 1971, II, 405).

(10) Cf. supra, p. 70.

(11) Cf. en effet l'attendu : « il appartient pour sa part au constructeur, surtout en l'absence de tout conseil spécialisé ... » qui reconnaît implicitement que l'absence de recours à un conseil n'est pas constitutive de faute dans le chef de l'utilisateur.

(12) ... sans pour autant exonérer le fournisseur de toute responsabilité (Paris, 15 mai 1975, Soripa c/ Logabax, J.C.P., 1976, II, 18265 ; cf. aussi, implicitement, Paris, 24 mai 1977, Promill c/ Singer, déjà cité où la Cour refuse l'argument selon lequel on ne pouvait reprocher à l'utilisateur de ne pas disposer d'un personnel qualifié en informatique ...).

Récemment, la décision de la Cour de cassation française du 17 mars 1981 (13) accentue encore la responsabilité du fournisseur. Elle oblige celui-ci, en cas d'absence de cahier des charges, « à procéder à une étude sérieuse et préalable à la mise en place du matériel ... ». Ce devoir, déduit du devoir de conseil du vendeur professionnel (14), s'il n'oblige pas le fournisseur à rédiger un cahier des charges, consacre cependant une aggravation certaine de sa responsabilité.

En toute hypothèse, on reprochera au fournisseur la conclusion hâtive d'un contrat sans attendre la rédaction d'une étude sérieuse de ses besoins par l'utilisateur.

Au cas où un cahier des charges a été rédigé, on distingue deux situations : ou bien c'est l'utilisateur qui a établi ce cahier des charges : il a alors le devoir de procéder à une bonne évaluation de ses besoins et le fournisseur ne peut être tenu responsable d'une mauvaise analyse faite par l'utilisateur (15) ; ou bien c'est le fournisseur qui l'a établi : l'utilisateur a alors le devoir d'évaluer les propositions figurant dans le cahier des charges proposé (16) et d'y répondre rapidement (17).

(13) Cass., 17 mars 1981, Pergay *c/* Litton, Expertises, 1981, n° 34, p. 3, note A. Bensoussan. En l'espèce, la Cour d'appel avait rejeté la demande introduite par l'utilisateur, demande en résolution de la vente pour vices cachés. La Cour de cassation casse l'arrêt : « Les juges d'appel n'ont pas examiné si le fournisseur » en ne procédant pas à une étude sérieuse et préalable à la mise en place du matériel » n'a pas manqué à son devoir de conseil.

(14) Paris, 6 mars 1981, Deslandes et Thurler *c/* Burroughs, Jurisdata, 20348. La Cour d'appel de Paris, le 19 janvier 1978 (Parfums Fabergé *c/* Chauvin, Jurisdata, 0050), a estimé que le fournisseur ayant fourni un ordinateur travaillant en permanence à la limite supérieure de sa capacité, ceci pour n'avoir calculé les traitements qu'en volume global sans tenir compte des périodes de haute fréquence, a manqué à son obligation de conseil.

(15) De façon très nette, la condamnation par la Cour de Paris d'un utilisateur qui refusait d'étudier le dossier technique élaboré par son fournisseur (Paris, 24 mai 1977, Promill *c/* Singer, Expertises, 1978, n° 3, 7).

Cf. en outre Paris, 11 janvier 1979, Soprona *c/* N.C.R. France, Jurisdata, 0035, où le cahier des charges était nettement insuffisant.

(16) Paris, 10 avril 1976, Cojusfrance *c/* IBM, inédit cité par de Lamberterie, op. cit. « C'est à l'utilisateur, de manière juste, dans les limites de son organisation et de ses problèmes spécifiques, de déterminer tous les éléments qui jouent un rôle pour rendre possible l'utilisation d'un computer » (Paris, 24 mai 1977, Promill *c/* Singer, Expertises, 1978, n° 3, 7 et s.).

Une décision récente du Tribunal de commerce de Paris en date du 7 décembre 1981 (Socadec *c/* Nixdorff, Expertises, n° 39, 1982, 85) estime cependant que le manque de prudence d'un acquéreur dans l'examen des propositions du fournisseur peut parfois se justifier étant donné les relations continues dudit acquéreur avec le fournisseur. Une décision plus ancienne de la Cour d'appel de Paris du 27 septembre 1977 (Philips *c/* Mill, Jurisdata, 0514) tire de l'absence de remarques sur les analyses du constructeur soumises à l'agrément du client et de l'obligation de celui-ci de définir ses besoins réels et ses objectifs à atteindre, la responsabilité de l'utilisateur pour les erreurs commises lors de l'étude préparatoire.

(17) Paris, 26 novembre 1981, Audripha *c/* Sogeti, Expertises, n° 36-37, 1982, 10. En l'occurrence, l'utilisateur avait à quatre reprises refusé de signer l'étude proposée par le fournisseur.

Article 3. — La réponse aux besoins : l'analyse organique et la proposition de la solution

Dans cette troisième phase, les rôles sont renversés : l'utilisateur joue un rôle passif, le fournisseur joue le rôle principal, souscrivant à la fois une obligation d'information et de renseignements et celle de fournir une solution adéquate aux besoins exprimés par le client.

Explicitons chacune de ces obligations.

L'utilisateur, à ce stade, a l'obligation de s'informer.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris, le 1^{er} juillet 1980 (18), rejette la demande en résolution d'un utilisateur non satisfait du matériel acheté, en lui reprochant ne pas s'être informé au préalable, ne fût-ce qu'auprès de sa filiale utilisatrice du même matériel.

De même, l'utilisateur doit procéder à ses calculs de rentabilité sur base des informations qui lui sont données par le fournisseur. Il ne peut reprocher au fournisseur de lui avoir procuré un matériel insuffisamment rentable (19).

Quant au fournisseur, il doit informer et renseigner l'utilisateur sur le contenu de la proposition faite. Ghestin (20) résume comme suit la portée de l'obligation de renseignements : « Celle des parties qui connaissait ou devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle (21), un fait dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant où celui-ci était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son contractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies ». L'obligation de renseigner à charge du fournisseur trouve ses limites dans l'obligation de se renseigner à charge de l'utilisateur.

(18) Paris, 1^{er} juillet 1980, Mintiss *c/* IBM, Expertises, 1980, n° 20, 6.

(19) Paris, 15 mai 1975, J.C.P., 1976, II, 18265, note Boitard-Dubarry.

La Société Soripa avait acheté à Logabax 4 facturières. A la suite de réclamations de Soripa, Logabax a repris les machines à condition de pouvoir livrer 2 petites configurations. Soripa passe commande sous réserve de ce que la première machine assure le service attendu. A l'expérience, il se révèle que pour le même volume de travail, la configuration revenait trois fois plus cher qu'une machine d'une autre marque : Soripa demande la résolution de la vente et le paiement de dommages et intérêts.

(20) J. Ghestin, op. cit., n° 508. En Belgique, J.P. Masson, Les fourberies silencieuses, note sous Cass., 8 juin 1978, R.C.J.B., 1979, 525 et s.

(21) L'obligation de renseignements se fonde donc sur le déséquilibre des parties : le fournisseur, spécialiste de l'informatique, et l'utilisateur, « non initié aux arcanes de l'informatique ». A ce propos. cf. supra, p. 32 et s. nos remarques sur cette tendance consumériste de la jurisprudence des contrats informatiques.

Le fournisseur se doit donc de renseigner l'utilisateur sur les caractéristiques de l'objet du contrat. Sont ainsi compris dans les renseignements à communiquer par le fournisseur :

- les usages possibles du matériel ;
- les caractéristiques de l'installation (courant, climatisation ...) ;
- les éléments qui permettent au client de procéder au calcul de rentabilité du système fourni : coût d'achat, coût d'entretien, rendement de la machine, etc. (22).

Ainsi, il a été reproché au fournisseur de n'avoir pas, dans la définition de la capacité de la mémoire, attiré l'attention du client sur la nouvelle unité de mémoire utilisée, le kilocaractère n'équivalant pas au kilooctet (23).

En outre, la publicité doit être réaliste et non trompeuse (24). Des « affirmations imprudentes, incomplètes, constitutives de fautes », incluses dans les propositions préalables à la négociation, ont été reprochées au fournisseur (25).

Le fournisseur a ensuite l'obligation de conseiller (26) un matériel adapté aux besoins exprimés du client (27). « Ce devoir de conseil incombe à tout fournisseur de matériel informatique. Ce devoir est d'autant plus rigoureux que ses clients sont mal informés en la matière » (28).

(22) Il s'agit bien de renseignements sur les éléments du calcul de rentabilité. En aucune façon, le fournisseur n'a à se substituer au client dans le calcul de rentabilité.

(23) Paris, 4 mars 1980, Logabax c/ Paudjs, Expertises, 1980, n° 17, 8 et s.

(24) En général, la publicité se fait en termes fonctionnels c'est-à-dire de solution aux problèmes de l'entreprise alors que le contrat ne reprendra que des questions techniques.

(25) Trib. comm. Paris, 19 avril 1971, Flammarion c/ IBM, G.P., 1971, 401 (l'argument n'est pas repris en appel) : « En affirmant sans nuance que l'équipement informatique apportait aux problèmes examinés une solution efficace rapide et sûre, le loueur s'est comporté avec légèreté » ; Paris, 1^{er} décembre 1972, Jurisprudence et Informatique, Sligos Interface, obs. J. Desmartin ; cf. enfin la Cour d'appel de Paris qui, le 21 mars 1979, CERC I c/ CPS, Expertises, 1979, n° 15, 5) retient pour condamner le fournisseur qu'« il est possible que la Société ... pour obtenir la commande, ait présenté sous un aspect trop optimiste les avantages que l'utilisateur pourrait retirer de la méthode informatique ».

(26) L. de Leyssac (L'obligation de renseignements dans les contrats, in : L'Information en droit privé, Paris, L.G.D.J., 1978, 332) distingue en effet l'obligation d'information sur le contenu du contrat de l'obligation d'information sur l'opportunité de celui-ci, obligation qui constitue le devoir de conseil et de mise en garde.

(27) Paris, 4 janvier 1980, Rev. Jur. comm., 1980, 260, note Ph. Le Tourneau ; G.P., 1980, 2, 595, note Montbressin ; J.C.P., 1982, II, 19.734, note J.L. Goutal. Comp. en Belgique : Trib. comm. Bruxelles, 2 février 1976, Rev. dr. intell., 1976, 375 et s.

« Même si ECO a voulu satisfaire à un goût de parade en adoptant un système disproportionné à son chiffre d'affaires, il était du devoir (du fournisseur) de par sa fonction de la conseiller au mieux ». Trib. comm. Bruxelles, 7 janvier 1980, J.C.B., 1981, I, 571, note G. Vandenberghe : Il s'agit en l'espèce d'un contrat de leasing portant sur du hardware et du logiciel, soit trois programmes spécifiques (ici facturation, enregistrement des paiements, gestion des stocks) ; il s'avère que la configuration livrée ne permet pas de tenir la comptabilité à jour et encore moins de combler les retards accumulés. Le Tribunal, dans ses attendus, estime qu'Olivetti avait l'obligation de fournir au client une configuration qui apporte la solution adéquate à son problème, à savoir la gestion des ventes. Olivetti devait s'informer des besoins du client, c'est-à-dire recueillir les données du problème et fournir le matériel et le logiciel propres à le résoudre.

(28) Paris, 15 mai 1975, déjà cité. Cf. également Paris, 4 janvier 1980, déjà cité.

Cet attendu de la Cour d'appel de Paris du 15 mai 1975 (29) permet de préciser les limites de ce devoir de conseil.

« La reconnaissance d'un devoir de conseil procède de l'inégalité d'information » (30). Ainsi, le devoir de conseil est moindre lorsque l'utilisateur est initié à la technique et à la gestion d'une opération d'informatisation ; il est atténué sans pour autant disparaître (31) lorsque l'utilisateur est assisté d'une société de conseils (32).

Ces principes énoncés, on peut noter dans la jurisprudence que la Cour d'appel de Paris, le 22 avril 1980 (33) a estimé que le fournisseur avait manqué à son obligation de conseil en procurant à une petite entreprise non initiée, dont la gestion était simple, un matériel compliqué dont le maniement était hors de la portée de cette entreprise.

La même Cour d'appel, le 26 juin 1980 (34), a estimé par contre que le fournisseur ne manque pas à son obligation d'assistance et de renseignements en ne conseillant pas à l'utilisateur d'entreprendre certaines démarches auprès des P.T.T. D'une part, son client ne l'avait pas prévenu de l'existence d'une situation particulière (groupage de lignes). D'autre part, ayant des difficultés, son client n'a pas demandé une modification à son installation téléphonique qui lui aurait permis une utilisation normale des téléco-appeurs.

Enfin, un arrêt récent, également de la Cour d'appel de Paris (35), a pu estimer que le fait que le fournisseur d'une part avait remis une proposition détaillée de la solution qu'il conseillait, une documentation précisant que tout renseignement complémentaire pouvait être fourni et d'autre part laissait à l'utilisateur un délai de réflexion prouvait à suffisance qu'il avait bien exécuté son obligation de conseil.

Article 4. — La prise de décision et les mises en garde nécessaires

La jurisprudence française en particulier étend à l'informatique le principe dégagé à propos de la vente de produits dangereux (36). Le fournisseur doit mettre l'utilisateur

(29) Paris, 15 mai 1975, déjà cité. Cf. également Paris, 4 janvier 1980, déjà cité.

(30) T. Ivainier, De l'ordre technique à l'ordre public technologique, J.C.P., 1972, I, 2945, n° 32.

(31) En ce sens, Boitard et Dubarry, note sous Paris, 15 mai 1975, J.C.P., 1976, II, 18265. Implicitement, dans la jurisprudence, Paris, 3 avril 1979, déjà cité.

(32) Sur ce partage des responsabilités, Y. Poulet et Ph. Ullmann, note sous Trib. comm. Charleroi, 18 décembre 1981, J.T., 1983, 289.

(33) Paris, 22 avril 1980, Olivetti c/ Karpathios, Jurisdata, 0433.

(34) Paris, 28 juin 1980, R.X. Géotechnique, Expertises, 1980, n° 21, 2.

(35) Paris, 17 juin 1981, La Trombe Int. c/ Soc. Cecico, Jurisdata, 22.906.

(36) En ce sens également, A. Bensoussan, L'obligation de conseil des S.S.C.I., op. cit., 4. Sur l'obligation de mise en garde à propos de produits dangereux, cf. M. Fallon, La Cour de cassation et la responsabilité liée aux biens de consommation, note sous Cass., 6 mai 1977, R.C.J.B., 1979, 176-177.

en garde.

Il s'agit d'abord « d'avertir l'utilisateur des risques inhérents à une procédure d'informatisation et tout particulièrement, des modifications de structure à apporter à l'entreprise du fait de l'insertion de l'ordinateur » (37). Il s'agit ensuite de prévenir des difficultés de démarrage d'une installation informatique et de conseiller à l'utilisateur le maintien des anciennes méthodes de gestion pendant un certain temps c'est-à-dire pendant le transfert des applications sur le nouveau système (38).

SECTION 2

Les sanctions des obligations de la période précontractuelle

Les manquements aux obligations de la période pré-contractuelle sont sanctionnés tantôt par la responsabilité aquilienne couplée ou non avec une annulation ou une résolution du contrat (§ 1), tantôt par les théories de l'erreur ou du dol débouchant sur l'admission ou le refus de la nullité du contrat (§ 2). Toutefois, il faut constater que la nullité est parfois escamotée au profit de la résolution (§ 3).

§ 1 : LA RESPONSABILITÉ AQUILIENNE

Basée sur les articles 1382 et suivants du Code civil, la responsabilité aquilienne est la responsabilité extra-contractuelle : celle qui ne résulte pas de la violation d'une obligation contractuelle (sur la détermination des obligations du contrat, voir infra, p. 83 et s.

C'est de cette responsabilité qu'il s'agit en ce qui concerne la période pré-contractuelle : les obligations pesant sur les parties découlent non du contrat — qui n'est pas encore conclu — mais de la loi interprétée extensivement : de l'impératif de bonne foi s'appliquant pendant la période précédant la conclusion du contrat et au moment de celui-ci.

Pour que cette responsabilité aquilienne soit mise en œuvre, il faut la présence de trois conditions : une faute, un dommage et un lien causal entre les deux (article 1382 du Code civil).

(37) Trib. comm. Paris, 19 avril 1971, J.C.P., 1071, II, 16752, à propos d'une installation mécanographique destinée à simplifier les méthodes comptables.

(38) A ce propos, l'affaire CERCÉ c/ CPS, Paris, 4 janvier 1980 (cité). En l'occurrence, il s'agit d'une entreprise de service-cadeaux travaillant principalement en fin d'année ; il est reproché notamment au fournisseur de n'avoir pas mis en garde l'utilisateur sur les bouleversements qu'entraîne l'informatisation d'une entreprise. « Il aurait dû tout au moins recommander à l'utilisateur de conserver pendant un certain temps le traitement manuel parallèlement à la saisie informatique des données ».

La faute, en l'occurrence, est la violation du principe de bonne foi, plus précisément, d'un ou de plusieurs devoirs que la jurisprudence déduit de ce principe : le fournisseur n'a pas bien renseigné ou conseillé l'utilisateur ou ne l'a pas mis en garde ; l'utilisateur a mal défini ses besoins, etc ... (voir supra, p. 70 et s). Toutefois, la mise en évidence d'une faute ne suffit pas : encore faut-il établir qu'elle a causé le préjudice. Cela fait, le préjudice sera le plus souvent réparé par l'octroi de dommages-intérêts.

Si le fournisseur a mal renseigné et/ou mal conseillé l'utilisateur, le préjudice consiste, pour l'essentiel, dans les diverses conséquences qu'a eues l'inadéquation du matériel fourni, telles que : perturbations dans l'organisation de l'entreprise, nécessité de maintenir du personnel en surnombre pour pallier les insuffisances du matériel, trouble commercial et perte de clients. En pratique, l'octroi de dommages-intérêts est souvent, mais pas nécessairement, couplé avec une annulation ou une résolution du contrat (lorsqu'il est finalement porté remède à l'inadéquation initiale). Il faut en effet tenir compte du fait que l'annulation ou la résolution entraînent en principe une restitution des prestations réciproques et, dès lors, constituent déjà un mode de réparation du préjudice subi : ne doivent être réparés par des dommages-intérêts que les préjudices supplémentaires. Ainsi pourra-t-on réclamer le remboursement des frais exposés pour la conclusion du contrat annulé ou résolu, ou encore établir que la conclusion du contrat a été plus néfaste pour l'utilisateur que s'il avait continué à gérer son entreprise sans ordinateur.

Si l'utilisateur a mal formulé ses besoins, cette faute se présente avant tout (39) comme une cause du dommage qu'il subit du fait de l'inadéquation du matériel ou du logiciel fourni. Au plan de la responsabilité aquilienne, cette faute de la victime entraîne soit une exonération totale de la responsabilité du fournisseur, soit un partage de responsabilité si le fournisseur a également commis des fautes qui sont cause nécessaire du dommage subi.

§ 2 : LA THÉORIE DE L'ERREUR ET CELLE DU DOL

Un contrat peut être annulé pour différentes raisons : le consentement d'une partie fait défaut ou a été vicié par une erreur, un dol ou une violence ; le consentement émane d'un incapable (tel qu'un mineur) ; un ou plusieurs engagements n'ont pas d'objet ou cet objet est illicite, n'ont pas de cause (de raison d'être) ou ont une cause — un but concret — illicite, c'est-à-dire contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (exemple : informatisation d'un réseau de maisons de tolérance).

(39) Il faut réserver l'hypothèse — fort théorique — où l'utilisateur obtiendrait l'annulation du contrat mais verrait sa responsabilité aquilienne engagée à raison du préjudice que cette annulation cause à l'autre partie : voir J. Ghestin, op. cit., n° 944 à 948.

Nous nous attacherons seulement à l'annulation du contrat pour dol ou erreur car nous ne croyons pas nécessaire, dans cette introduction à la matière des contrats informatiques, d'examiner l'ensemble des conditions de validité des contrats (40). Nous nous bornerons à envisager le régime des deux causes de nullité qui se greffent sur les obligations de la période précontractuelle.

Article 1. — L'erreur simple (article 1110 du Code civil)

Si le consentement d'un contractant est donné par erreur, celui-ci peut en principe demander la nullité du contrat. Ainsi protège-t-on l'intégrité du consentement. Pourtant, cette nullité perturbe le cocontractant qui voit ainsi disparaître une opération économique sur laquelle il comptait : l'annulation pour erreur heurte la sécurité juridique.

L'annulation pour erreur est donc soumise à certaines conditions : celles-ci sont prévues par le code et ont été complétées et aménagées, au fil des ans, par l'interprétation créatrice de la jurisprudence. De la sorte, s'est construite une théorie de l'erreur qui illustre le caractère dialectique de la pensée juridique qui recherche un équilibre optimal entre les deux objectifs contradictoires que sont la protection de l'intégrité du consentement et le maintien de la sécurité juridique.

Voici donc, très schématiquement, les conditions de l'annulation pour erreur (41) :

1. L'erreur doit être *déterminante*, c'est-à-dire porter sur une considération essentielle pour le contractant qui s'est trompé (appelé l'« errans »). Celui-ci doit montrer que, s'il avait su la vérité, il n'aurait pas contracté.
2. L'erreur doit être *commune*, c'est-à-dire que l'autre partie doit avoir connu ou dû connaître l'importance que l'errans attachait à la considération essentielle. Il ne faut donc pas confondre erreur commune et erreur partagée : il n'est donc pas requis que les deux parties aient versé dans la même erreur. L'erreur commune est celle qui porte sur une qualité dont le caractère essentiel ne pouvait échapper à aucune des deux parties, que ce caractère essentiel résulte de la nature du contrat ou des usages ou qu'il ait été admis par les deux cocontractants.
3. L'erreur doit être *excusable* c'est-à-dire qu'elle ne doit pas résulter d'une négligence de celui qui s'est trompé. L'erreur est inexcusable si, en raison de ses aptitudes et vu les circonstances, l'errans était en mesure d'apprendre la vérité. De cette manière, on peut sanctionner, en matière informatique, l'utilisateur qui a manqué à ses obligations de la période précontractuelle.

(40) On peut, à ce propos, consulter les différents traités de droit civil et, particulièrement, le traité magistral de Ghestin (déjà cité).

(41) Pour une analyse élaborée : J. Ghestin, op. cit., n° 368 et s.

Notons que si l'erreur résulte d'une ignorance ou d'une mauvaise connaissance du droit, il ne faut pas se référer à l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » et considérer qu'il y a, a priori, inexcusabilité. Tout dépend des aptitudes personnelles de l'errans et des possibilités qu'il avait de se renseigner. Ainsi n'a-t-il pas été admis que la société Memorex prétende avoir versé dans une erreur relative à la qualification juridique d'un contrat qu'elle croyait de location pure et simple alors qu'il s'agissait d'une location-vente. Dans le chef d'une société habituée à ce genre d'opérations, pareille erreur de droit est peu vraisemblable et, en tout état de cause, inexcusable (42).

Il faut encore préciser que l'erreur, même déterminante, portant sur la valeur économique — sur le prix — ne peut justifier une annulation du contrat. En effet, le Code civil (article 1118) exclut en principe la nullité en cas de lésion, c'est-à-dire lorsqu'il y a disproportion entre les prestations réciproques.

A titre d'illustration, il convient d'évoquer brièvement l'affaire SORIPA contre LOGABAX (43).

Soripa reproche à Logabax de lui avoir fourni une machine trop sophistiquée pour le travail assez banal (facturation) qu'elle lui fait faire, ce que confirme le rapport d'expert. La demanderesse contourne l'obstacle de l'exclusion de l'erreur sur la valeur économique en parlant d'erreur sur la rentabilité : elle ne dit pas que l'ordinateur était en lui-même trop cher mais que, par rapport à ses besoins, il entraîne un coût excessif.

Le caractère déterminant de cette erreur semble établi ; si Soripa l'avait su, elle n'aurait pas acheté ce matériel.

Toutefois, la Cour de Paris refuse la nullité. En bref, elle examine d'abord le comportement de Logabax et estime que cette société n'avait pas à s'immiscer dans les calculs de rentabilité de l'utilisateur qui, d'ailleurs, a été mis en demeure de se décider. Elle constate ensuite que Soripa aurait pu et dû se renseigner elle-même sur la rentabilité du matériel fourni.

La nullité est refusée sans que la Cour précise si elle considère que l'erreur n'était pas commune ou était inexcusable. On pourrait déduire de son raisonnement que la rentabilité du matériel n'avait pas été intégrée dans le champ contractuel (l'erreur n'étant alors pas commune), faute pour Soripa d'avoir averti son cocontractant de l'importance qu'elle attachait à la rentabilité. Mais pareille considération n'est-elle pas essentielle pour toute entreprise qui s'informatise et le fournisseur peut-il l'ignorer ?

(42) Paris, 4 juin 1981, Memorex c/ Ciga, Expertises, 1981, n° 31, p. 10.

(43) Paris, 15 mai 1975, J.C.P., 1976, II, 18.265.

Il semble plutôt que l'erreur de Soripa a été considérée comme inexcusable : en effet, l'obligation de renseignements du fournisseur a pour limite l'obligation de se renseigner de l'utilisateur.

Article 2. — L'erreur consécutive à un dol (article 1116 du Code civil)

Dans certains cas, l'erreur d'une partie résulte d'un dol du cocontractant, c'est-à-dire, ainsi qu'on va le voir, d'une déloyauté.

La mise en évidence d'un dol présente l'avantage principal d'élargir les conditions de prise en considération de l'erreur (44).

Il s'ensuit principalement que l'annulation pourra être obtenue, même si l'erreur porte sur la valeur économique ou si elle est inexcusable. Cette dernière solution est consacrée en Belgique par la Cour de cassation (45).

Schématiquement, les éléments constitutifs du dol tels qu'ils résultent du code et de l'interprétation jurisprudentielle sont les suivants.

1. Il faut des *manœuvres* dolosives, c'est-à-dire une attitude déloyale, adoptée dans l'*intention* d'amener l'autre à contracter. Il peut s'agir d'une tromperie (mensonge, escroquerie) mais aussi d'un silence : on parle alors de réticence dolosive. Cette notion renvoie à l'obligation de renseignements (cf. supra, p. 73) : il y a réticence dolosive en cas de violation intentionnelle d'une obligation de renseignements.
2. Les manœuvres doivent être *déterminantes* : elles doivent être telles que, sans elles, le cocontractant n'aurait pas donné son consentement. Si la déloyauté n'a pas eu un caractère déterminant, elle reste néanmoins une faute et si cette faute a causé un préjudice, il y aura lieu à dommages-intérêts sur base de la responsabilité aquilienne.
3. Les manœuvres doivent *émaner du cocontractant*. Cette condition se comprend dans la mesure où la mise en évidence d'un dol élargit — à charge du fautif — les conditions de prise en considération de l'erreur de l'autre partie : si le dol émane d'un tiers, le cocontractant de l'errans n'y peut rien. Mais on comprend par ailleurs les deux exceptions apportées par la jurisprudence à la condition énoncée par le code : il y a malgré tout prise en considération du dol si son auteur est le mandataire ou le complice du cocontractant de l'errans (46).

(44) J. Ghestin, op. cit., n° 419.

(45) Cass., 23 septembre 1977, R.C.J.B., 1980, p. 32 et la note critique de Matthijs ; Cass., 29 mai 1980, J.T., 1980, p. 653.

(46) Ceci peut être important en cas d'opérations informatiques menées avec une pluralité de prestataires dont certains peuvent amener la conclusion de contrats avec d'autres fournisseurs (cf. infra, Y. Pouillet, Les problèmes juridiques nés de la multiplication des prestataires : infra, p. 119 et s.).

A titre d'illustration en matière informatique, il faut rappeler l'affaire Savie contre Logabax (47). En l'espèce, la Cour de Paris a admis la nullité du contrat pour dol par réticence. Il était établi en effet que la société Logabax s'était volontairement abstenue de fournir diverses informations essentielles pour la société Savie et, principalement, que l'appareil conseillé, avec ses comptes à pistes magnétiques, nécessitait un personnel plus important pour alimenter l'ordinateur ; cet inconvénient majeur du matériel proposé avait été dissimulé, en violation d'une obligation de renseignement et de conseil.

§ 3 : LA NULLITÉ ESCAMOTÉE AU PROFIT DE LA RÉSOLUTION

Au plan des principes, il est nécessaire d'opérer une nette distinction entre les obligations de la période précontractuelle et celles qui découlent du contrat. Ce qui ne veut pas dire que la distinction soit toujours absolue dans le régime légal. Ainsi, la garantie des vices cachés est une obligation née du contrat (cf. infra, p. 263), mais elle présente également des analogies avec la nullité pour erreur. Ainsi il est possible de dégager des règles relatives à cette garantie, et notamment, le principe selon lequel, pendant la période précontractuelle, le vendeur a l'obligation d'avertir l'acheteur des défauts cachés de la chose à vendre.

En pratique, une opération d'informatisation forme un tout et il arrive que la violation d'une obligation précontractuelle contribue à la violation d'une obligation née du contrat : ainsi l'inadéquation du matériel aux besoins de l'utilisateur peut découler à la fois d'une violation de l'obligation de conseil et de l'obligation de délivrer un matériel conforme.

En pareil cas, l'utilisateur a le choix : d'une part, il peut demander la nullité pour erreur et/ou dol ; d'autre part, il peut exiger la résolution. Les conséquences juridiques des deux voies sont similaires : il y a, en principe, disparition rétroactive du contrat. Il semble toutefois qu'en pratique la voie de la résolution soit préférée quitte à ce que l'on invoque également les fautes contractuelles : en théorie, il s'agit là d'invocations inutiles — sauf, bien sûr, si on demande des dommages-intérêts complémentaires à raison des fautes en question — mais, en pratique, par ces invocations, on souligne les torts du fournisseur. A cet égard, signalons une décision très significative de la Cour d'appel de Toulouse qui accorde la résolution de la vente non sans relever que le fournisseur avait délibérément trompé son cocontractant sur deux qualités substantielles de l'ordina-

(47) Paris, 26 juin 1980, Expertises, 1980, n° 20, p. 2.

(48) Dans le cas de contrats à exécution successive, au contraire, la rétroactivité de la nullité ou de la résiliation est impossible. Toutefois, en pareil cas, le régime de la nullité et celui de la résiliation ne sont pas tout à fait identiques : voir J. Ghestin, op. cit., n° 923.

teur : dol caractérisé justifiant une nullité et sans relevance, en principe, pour la résolution (49).

CHAPITRE 2 : LA PÉRIODE CONTRACTUELLE

SECTION 1

La détermination précise des obligations engendrées par le contrat

Le contrat étant conclu, quelles obligations engendre-t-il pour les parties ?

Il ne s'agit pas seulement des engagements expressément stipulés, oralement ou par écrit, à la conclusion du contrat. En effet, le contrat a un *contenu implicite*. C'est ce qu'exprime l'article 1135 du Code civil (à relier avec l'article 1134, alinéa 3) : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

Les obligations contractuelles sont donc déterminées :

- par la loi ;
- par les usages ;
- par la jurisprudence qui précise les conséquences des exigences légales ;
- par la volonté des parties.

§ 1 : DÉTERMINATION PAR LA LOI

A chaque type de contrat, la loi attache un certain nombre de conséquences légales de façon tantôt supplétive, tantôt impérative.

Les dispositions *supplétives* de la loi s'appliquent à *défaut* de clause contraire adoptée par les parties.

Les dispositions *impératives* de la loi s'appliquent *nonobstant* une clause contraire adoptée par les parties : pareille clause est *nulle*.

Les contours précis de ces obligations légales sont mis en évidence par la jurisprudence à l'occasion de son œuvre d'interprétation de la loi (cf. infra, § 3). Ils dépendent aussi, dans une certaine mesure, d'une analyse de la commune intention des parties (cf. infra, § 4).

Voici quelques exemples d'obligations légales choisies parmi celles qui jouent un rôle important dans la matière des contrats informatiques (50).

(49) Toulouse, 5 décembre 1979, R.U.F. c/ Laboratoire de biologie médicale, Expertises, 1980, n° 23, p. 3.
Autre exemple : Paris, 6 mars 1981, Deslandes et Thurier c/ Burroughs, Expertises, 1981, n° 28, p. 14.

(50) Pour plus de précisions, voir P. et Y. Poullet, op. cit., n° 27 et s.

Ces obligations touchent à l'essence même des contrats envisagés et, de ce fait, elles sont en principe impératives : l'opération perdrait toute raison d'être si ces obligations étaient écartées. Imagine-t-on, par exemple, une vente sans obligation de livrer la chose ?

Article 1. — Principales obligations légales intervenant dans les contrats informatiques

On peut classer la plupart des contrats de produits ou de services informatiques dans les trois catégories contractuelles suivantes : contrat de vente, contrat de bail, contrat d'entreprise. Nous ne décrivons donc les obligations principales que de ces trois contrats.

1) Le *vendeur* est tenu de *livrer* la chose vendue dans le délai convenu et de délivrer un objet *conforme* (articles 1604 et s. du Code civil). Conforme à quoi ? A ce qui a été promis : c'est donc la commune intention des parties qui permet de préciser l'exigence légale (cf. infra, § 4). Ainsi, pourra-t-on déterminer s'il faut exiger seulement une simple conformité *technique* (le système livré correspond techniquement au système convenu) ou également une conformité fonctionnelle (le système livré répond aux besoins exprimés par l'utilisateur).

Le vendeur doit garantir l'acheteur contre l'*éviction* (articles 1626 et s. du Code civil), c'est-à-dire contre les « revendications » qu'un tiers pourrait légitimement exercer quant à l'objet vendu. Il doit encore garantir l'acheteur contre les défauts cachés de la chose vendue (articles 1641 et s. du Code civil) et il ne peut s'exonérer de cette garantie que dans l'hypothèse où il ignorait le vice caché ; cette exonération est impossible, sauf preuve d'une ignorance invincible pour le vendeur professionnel qui est présumé connaître les défauts cachés (cf. infra, p. 263 et s.).

L'*acheteur* est tenu de prendre livraison de la chose et son obligation principale porte sur le paiement du prix (article 1650 du Code civil).

2) Le *bailleur* est tenu de délivrer au preneur la chose louée en bon état (de réparations de toutes espèces) (article 1718 du Code civil), d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage prévu et d'en faire jouir paisiblement le preneur (articles 1719 et 1720 du Code civil). Il est aussi tenu de garantir le preneur contre tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage et ce, même s'il les ignorait lors de la conclusion du bail (article 1721 du Code civil).

Le bailleur est donc tenu de garantir les vices cachés de la même façon que le vendeur (51).

(51) Cf. Trib. comm. Paris, GSI c/ Leasco, Expertises, 1979, n° 13, p. 4.

Le *preneur* est principalement tenu d'user de la chose en bon père de famille en respectant sa destination et de payer le prix du bail aux termes convenus (article 1728 du Code civil).

3) Les textes du Code civil relatifs au *contrat d'entreprise* sont moins complets en ce qui concerne les obligations des parties. Toutefois, par application de la théorie générale du contrat, l'entrepreneur est en faute s'il n'exécute pas convenablement l'ouvrage demandé : la jurisprudence lui applique le critère dit de la « diligence due » (cf. infra, § 3). En revanche, faute de texte, on doit admettre que l'entrepreneur n'est pas légalement tenu à une garantie des vices cachés, encore que pareille garantie puisse être stipulée au contrat.

Article 2. — Le rôle de la qualification exacte du contrat

Les obligations légales sont fonction de la *qualification* du contrat, c'est-à-dire de la catégorie à laquelle il se rattache. Les obligations légales pesant sur un vendeur, un bailleur ou un entrepreneur ne sont pas identiques, ainsi qu'on vient de le voir.

Dans de nombreux cas, la qualification du contrat s'opère sans difficultés. Ainsi, le contrat par lequel X livre une marchandise contre une somme d'argent payée par Y est incontestablement une vente ; le contrat par lequel X met sa maison à la disposition de Y contre le paiement par celui-ci d'un loyer mensuel est incontestablement un bail.

Dans d'autres cas, la qualification est plus délicate. On peut par exemple se demander, à propos de certains contrats informatiques, s'ils sont qualifiables de contrat de vente ou de contrat d'entreprise (52). Cette question n'est pas académique, car les obligations légales du fournisseur de matériel informatique diffèrent selon que l'on opte pour l'une ou l'autre qualification. Notamment, une clause d'exonération des vices cachés est non avenue si l'on opte pour la qualification « vente » alors qu'elle est valide si l'on opte pour la qualification « entreprise ».

Si un litige survient entre parties, il appartient au juge de déterminer l'exacte qualification du contrat sans être lié par la qualification choisie par les parties au moment de la conclusion de leur accord (cf. infra, § 4).

§ 2 : DÉTERMINATION PAR LES USAGES

Les parties sont censées, au moment de la conclusion du contrat, accepter les obligations qui sont *d'usage* dans leur profession ou leur sphère d'activité. Ces obligations

(52) Sur cette question délicate qui nous paraît sortir du cadre de cette introduction, voir notamment P. et Y. Pouillet, op. cit., p. 12.

ont un caractère *supplétif* : les parties peuvent les écarter ou les aménager par les dispositions de leur contrat.

En cas de contestation, ces usages — dits souvent « conventionnels », parce qu'ils sont sous-entendus dans les conventions — doivent être prouvés par ceux qui les invoquent : cela se fait normalement par « la production d'un *parère*, c'est-à-dire d'un certificat délivré par des entreprises commerciales notables ou par un groupement professionnel » (53).

Dans certains domaines du commerce, les usages jouent un rôle très important et sont alors l'objet de codifications *privées* : par exemple, la police d'assurance maritime d'Anvers ; les règles et usances en matière de crédit documentaire fixées par la Chambre de commerce internationale (54).

En matière informatique, on peut relever quelques usages, même s'ils n'ont pas encore été consacrés ni par la profession ni par les tribunaux. Ainsi, l'utilisation préalable par le client chez le fournisseur d'un ordinateur semblable à celui qu'il a acheté n'est pas facturée dans la mesure où il s'agit de permettre au client de se familiariser avec le matériel choisi. De même, une assistance technique minimale à la mise en place du matériel est exigée du fournisseur. Enfin, à défaut de stipulation expresse, les taux de défaillance ou de panne du système informatique, taux au-delà desquels l'intervention du fournisseur est requise, sont fixés par les usages. Ainsi, le taux supportable d'indisponibilité du système est fixé à environ 10% du temps d'utilisation de la machine.

§ 3 : DÉTERMINATION PAR LA JURISPRUDENCE

Par son travail d'interprétation des dispositions légales, la jurisprudence précise la loi et parfois la complète. Exemple significatif déjà invoqué : elle présume que le vendeur professionnel connaît les vices cachés, ce qui l'empêche d'exclure conventionnellement sa garantie.

Comme on l'a déjà observé (cf. supra, p. 55), le rôle de la jurisprudence est d'autant plus important que les concepts légaux sont vagues et flous.

La matière des contrats informatiques offre plusieurs illustrations frappantes du rôle de la jurisprudence dans la détermination des obligations des parties.

(53) J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, T. I, Bruxelles, 1976, p. 36.

(54) Cf. J. Van Ryn et J. Heenen, *op. cit.*, où on trouvera d'autres exemples.

Article 1. — Le critère de la « diligence due »

Le contrat de conseil est un contrat d'entreprise. Les obligations du fournisseur-conseiller ou du spécialiste en conseil doivent donc être appréciées au regard du critère de la diligence due, critère pragmatique et souple. Le juge l'appréciera, d'après les circonstances du conseil, son urgence, sa rémunération, l'autorité morale du conseiller, voire l'absence totale d'information dans le chef du client.

Article 2. — Le rôle de l'équité et de la bonne foi

L'article 1134, alinéa 3, du Code civil dit que les conventions doivent s'exécuter de *bonne foi* et l'article 1135 dit qu'elles obligent aux suites de l'équité.

A partir de ces textes, la jurisprudence a déduit une obligation de loyauté (55) et une exigence de collaboration dans l'exécution du contrat.

Toutefois, la jurisprudence a moins développé les conséquences de l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat informatique qu'elle n'a explicité le contenu du principe de bonne foi dans la formation du contrat.

L'analyse des contrats particuliers permettra d'appréhender certains aspects spécifiques de ce devoir de bonne foi (56). Dans ce chapitre, on se limitera à quelques considérations d'ordre général.

L'arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1979 (57) mérite d'être cité. Il s'agissait de mettre en place un ordinateur de gestion. Les difficultés de mise au point des programmes entraînaient l'interdiction faite au fournisseur par l'utilisateur d'accéder aux locaux de l'entreprise et la demande en résolution du prix prévu au contrat, fondée sur un manquement du fournisseur à son obligation de conseil. La Cour de cassation a rejeté la demande de l'utilisateur : « Si le fournisseur d'un matériel informatique est tenu d'une obligation de conseil, la mise en place d'un ordinateur de gestion exige un dialogue entre ledit fournisseur et l'utilisateur. Il ne saurait être fait grief à une Cour d'appel d'avoir débouté l'acquéreur d'un tel matériel lorsqu'elle constate qu'un tel dialogue n'a pas existé du fait de cet utilisateur ... ». L'attendu cité de la Cour de cassation française trouve son écho dans la décision du Tribunal de commerce de Bruxelles du

(55) Cf. Paris, 1^{er} octobre 1980, Chauvin c/ L'Arçonnerie Française c/ France-Bail, *Expertises*, 1980, n° 25, p. 2.

(56) Cf. notamment les nombreuses décisions à propos du devoir de bonne foi de l'utilisateur et du fournisseur lors de la livraison du système, infra, X. Thunis, p. 227 et s.

(57) Cass., 8 juin 1979, *Bull. Cass.*, 1979, IV, n° 186.

18 février 1980 (58). Il s'agissait là aussi des problèmes nés des difficultés de mise au point des programmes d'application. Le juge reproche également à l'utilisateur son « attitude rigide et polémique ainsi qu'une conception théorique et maximaliste du contrat alors que le fournisseur était en droit d'attendre une collaboration souple et loyale ». Ainsi, les deux parties doivent tout mettre en œuvre pour que réussisse l'opération d'informatisation. Ceci implique notamment, signale la Cour d'appel de Paris, le 12 juillet 1972 (59) que, d'une part, le fournisseur non seulement livre un matériel apte à exécuter les travaux prévus, mais également l'assistance technique (60) pendant une période d'adaptation suffisante, et que, d'autre part, l'utilisateur respecte les directives du fournisseur.

En application du principe, on retiendra en outre, que les tribunaux condamnent les utilisateurs dénonçant trop rapidement le contrat après l'échec des premiers tests. Deux attendus de la Cour d'appel de Paris l'affirment clairement. « Les mises au point, usuelles en la matière, nécessitées par des difficultés de fonctionnement d'un matériel électronique de bureau ne sont pas de nature à justifier, de la part de l'acheteur, ni l'action réhibitoire, ni une action estimatoire » (61).

« La bonne utilisation d'une telle machine implique une certaine période de rodage et d'installation. L'utilisateur qui a connu des difficultés dues à des incidents de fonctionnement pendant cette période et qui prétend solliciter la résolution de la vente fait preuve d'une impatience et d'une précipitation blâmables ». La portée des deux attendus est claire : le premier indique clairement que les difficultés de la période de mise au point, les premiers essais, ne permettent pas d'invoquer la garantie des vices cachés (62).

Cette période de contrôle de la conformité, comme le note Bensoussan (63), permet la découverte des vices apparents (64). Pendant cette période, le second attendu nous l'apprend, les deux parties doivent se comporter de bonne foi et veiller à permettre ce contrôle de la conformité dans les meilleures conditions possibles.

(58) Cf. également, Trib. comm. Marseille, Statow c/ Burroughs, Expertises, 1982, n° 40, 103 qui note que la collaboration de l'utilisateur est absolument nécessaire pour la réalisation des progiciels.

(59) Paris, 12 juillet 1972, G.P., 1972, 2, 804 ; cf. également Paris, 21 juin 1971, J.C.P., 1972, II, 17.137 : « L'obligation pour une société bailleuse d'ordinateur ... comporte sa participation par ses conseils éclairés au travail d'organisation administrative et comptable de l'entreprise de l'utilisateur, indispensable au déroulement des opérations ».

(60) Cf. également Paris, 7 mars 1979, Gallou c/ Ed. techniques et économiques, Jurisdata, 0244, où l'assistance technique contractuellement assumée avait été fournie avec un manque de diligence.

(61) Paris, 8 juin 1976, J.C.P., 1977, II, 18579.

(62) Paris, 3 décembre 1976, J.C.P., 1977, II, 18579.

(63) A. Bensoussan, Recette provisoire et Recette définitive, O1 Mensuel, 1982, n° 2.

(64) Elle n'exclut donc pas un recours ultérieur fondé sur l'existence d'un vice caché.

Ainsi, toujours à propos des tests, on constate que la Cour d'appel de Paris, le 26 janvier 1982 (65), a reproché à l'utilisateur d'avoir procédé d'emblée à des tests en charge réelle et d'avoir refusé de communiquer au fournisseur les résultats de ces tests, que les tribunaux reprochent à l'utilisateur de ne pas avoir collaboré à la mise au point des programmes d'application, soit en refusant l'accès aux locaux (66), soit en n'acceptant pas d'étudier sérieusement le dossier d'analyse organique proposé par le fournisseur (67), soit enfin en modifiant les objectifs de l'informatisation tout en refusant d'octroyer une période supplémentaire de réflexion au fournisseur (68).

Par contre, manque à son obligation contractuelle (69) de conseil déduite du devoir de bonne foi, le fournisseur n'avertissant pas l'utilisateur de l'ampleur du coût occasionné par une modification des programmes demandée par l'utilisateur (70). Il est évident également que le fournisseur ne peut prétexter du manque de collaboration, sans qu'effectivement l'utilisateur ait manqué sérieusement à son devoir de bonne foi (71).

§ 4 : DÉTERMINATION PAR LES PARTIES

Notre droit reste dominé par le principe de la liberté contractuelle. Les parties ont donc une certaine *marge d'autonomie* pour déterminer le contenu de leurs obligations respectives.

L'autonomie des parties se manifeste parfois dans des clauses expresses : l'intention des parties est alors facile à détecter.

Dans d'autres cas, la volonté des parties est moins nette et ne se révèle que lorsque l'interprétation du contrat (cf. supra, p. 58) a dégagé leur « commune intention ».

(65) Paris, 26 janvier 1982, Sopra c/ C.N.A., Expertises, 1982, n° 39, 80 ; cf. également Paris, 9 mai 1980, Moutte c/ Burroughs, Jurisdata, 498.

(66) Trib. comm. Bruxelles, 18 février 1980, déjà cité ; Cass., 29 juin 1979, déjà cité ; Paris, 15 mai 1975, J.C.P., 1976, I, 18.265.

(67) Paris, 24 mai 1977, Promill c/ Singer, Expertises, 1978, n° 3, 5 ; Paris, 26 novembre 1981, Audripha c/ Cap. Sogeti, Expertises, 1982, n° 36-37, 10 (4 refus de signature du dossier d'analyse organique).

(68) Paris, 22 janvier 1982, Getae c/ Cerci, Expertises, 1982, n° 36-37, 5.

(69) Il s'agit d'une obligation contractuelle et non de l'obligation précontractuelle de conseils étudiée supra, p. 73, car elle prend cours pendant le cours du contrat.

(70) Paris, 2 novembre 1981, Pako France c/ Answare, Expertises, 1982, n° 36-37, 13.

(71) Ainsi, dans l'affaire jugée par le Tribunal de commerce de Bruxelles le 2 février 1976 (Rev. dr. intell., 1976, 365) où les juges estiment que « le fournisseur invoque à tort des difficultés dont la demanderesse serait la cause — mais qui sont des difficultés mineures qui se rencontrent fréquemment dans la pratique ».

Article 1. — La marge d'autonomie des parties

- Les parties peuvent *déroger* aux dispositions supplétives de la loi et aux règles *d'usage*.
- Elles peuvent aménager les obligations prévues par des règles légales supplémentaires ou par les usages, c'est-à-dire fixer des modalités particulières d'exécution de ces obligations. Il en va de même pour les obligations prévues par des règles impératives dans la mesure où l'exigence légale est maintenue.
- Dans certains cas, on peut admettre que les parties donnent un contenu *restrictif* à une obligation impérative pour autant que l'exigence légale ne soit pas vidée de sa substance. Ainsi, on imagine mal que le bailleur se libère de toute obligation d'entretien de la chose louée, mais il est concevable que le preneur se charge de certaines réparations précisées dans le contrat, réparations incombant normalement au propriétaire.

En raison de la marge d'indétermination des règles légales, il est normal que la volonté des parties joue un certain rôle pour préciser à la fois ce qui a été promis et ce à quoi le créancier s'est légitimement attendu. Ce rôle des volontés peut être illustré par quelques réflexions à propos de la conformité de l'objet du contrat de vente informatique.

En principe le vendeur ne peut échapper à son obligation légale de délivrer un objet conforme. Mais comment apprécier la conformité ? Par rapport à quoi ? Tout dépendra des promesses faites à ce propos. Ainsi, le vendeur sera tenu à une conformité *fonctionnelle* — et non seulement à une pure conformité technique — chaque fois qu'il résultera d'une analyse de la commune intention des parties que telle ou telle caractéristique fonctionnelle du système a été visée et déterminée comme essentielle lors de la conclusion du contrat. Inversement, la clause par laquelle le vendeur exclut toute garantie fonctionnelle est en principe valable, sauf si elle est contredite par une analyse de la volonté réelle des parties ou si elle est contradictoire avec la nature même du contrat (cas du contrat « clés en mains ») (72).

- Les parties peuvent enfin prévoir des obligations *différentes* ou *complémentaires* de celles prévues par les dispositions supplétives et impératives de la loi ou par les usages, mais avec cette réserve qu'elles ne pourraient, par ce biais, vider indirectement de leur substance les dispositions impératives de la loi.

(72) Cf. P. et Y. Pouillet, op. cit., D.P.C.I., 1982, n° 47.

Article 2. — Les limites de l'autonomie des parties

- Les parties ne peuvent déroger — directement ou indirectement — aux dispositions impératives de la loi.
- Elles ne peuvent non plus, selon nous, s'écarter des exigences de la bonne foi et de l'équité. Cette position doit cependant être nuancée. Il est clair que les parties ne pourraient adopter une clause selon laquelle elles ne seraient pas tenues par l'exigence d'une exécution de bonne foi. Elles ne peuvent non plus aménager et préciser leurs obligations de telle sorte que soient vidées de leur substance les exigences de bonne foi et d'équité. En revanche, nous semble-t-il, elles peuvent aménager et définir leurs obligations de façon à déterminer la portée précise qu'aura pour eux telle obligation — par exemple, le devoir de collaboration — que la jurisprudence dégage des exigences de bonne foi et d'équité : de la sorte, leurs obligations peuvent être moins étendues que ce qu'elles auraient été en cas de silence du contrat. Il paraît raisonnable de permettre aux parties de restreindre la portée des exigences de la bonne foi et de l'équité, du moment qu'elles ne les écartent pas. En d'autres termes, vu la plasticité des standards utilisés par la loi, il paraît normal de laisser à la liberté contractuelle le soin d'en déterminer les contours du moment qu'elle ne les évacue pas.
- Les parties ne sont pas non plus maîtres de la qualification donnée au contrat. Il appartient au juge de rectifier l'erreur de droit qu'elles commettent en ne rattachant pas leur convention à la catégorie juridique adéquate. Ce pouvoir du juge ne connaît qu'une limite : si les parties sont toutes deux d'accord pour que leurs obligations soient appréciées par rapport à tel type de contrat et demandent expressément au juge de s'en tenir à cette qualification, celui-ci doit alors s'incliner, du moment que l'ordre public n'est pas en jeu (cf. article 12, alinéa 4, du nouveau Code de procédure civile français) (73).

SECTION 2

Les conséquences de l'inexécution des obligations nées du contrat

La matière traitée dans cette section est complexe, mais d'une grande importance pour comprendre bon nombre de clauses des contrats informatiques analysées en détail dans la suite du précis. Les parties contractantes prévoient certaines hypothèses de mauvais déroulement des prestations nées du contrat.

(73) Cf. aussi : Van Compernelle, L'office du juge et le fondement du litige, note sous Cass., 9 octobre 1980, R.C.J.B., 1982, pp. 14 et s. et spéc. pp. 30 et 34.

La meilleure façon d'introduire à l'analyse approfondie de ces clauses consiste à présenter tout d'abord le régime à titre supplétif, c'est-à-dire le régime légal qui s'appliquerait en l'absence de clauses particulières. Ainsi, pourra mieux apparaître la portée exacte des clauses en question : soit qu'elles soient conformes au régime légal, soit qu'elles l'aménagent, soit qu'elles y dérogent.

Nous évoquerons donc le régime légal (§ 1) et les clauses contractuelles (§ 2) ; à propos de celles-ci, nous nous contenterons de quelques remarques générales et introductives puisque leur analyse détaillée sera proposée par la suite.

Dans l'exposé du régime légal, nous nous en tiendrons à l'essentiel des mécanismes, sans nous livrer à une analyse approfondie.

Nous envisagerons d'abord ce que peut faire le créancier, en présentant les divers mécanismes dans un ordre chronologique. Nous montrerons ensuite ce que peut répondre le débiteur, étant entendu que ces réponses n'interviennent pas nécessairement après que le créancier ait mis en œuvre les mécanismes dont il dispose mais sont parfois concomitantes.

Il est utile, dans un souci de clarté, de présenter d'abord le *plan* des développements qui suivront.

PLAN

§ 1 : LE RÉGIME LÉGAL

Article 1. — Que peut faire le créancier ?

- 1) La réclamation à l'amiable
- 2) La réclamation solennelle : la mise en demeure
- 3) L'exception du contrat non exécuté
- 4) La rupture unilatérale décidée par le créancier
- 5) L'assignation en justice, option du créancier :
Première branche : Le créancier demande l'*exécution forcée* du contrat
 - a) Les formes de l'exécution forcée
 - b) Les conditions requises pour obtenir des dommages-intérêts
 - c) Les moyens mis à la disposition du créancier pour obtenir l'exécution forcée.Deuxième branche : Le créancier demande la rupture (résolution ou résiliation du contrat)

Article 2. — Que peut répondre le débiteur ?

- 1) Le débiteur demande un délai, offrant de s'exécuter
- 2) Le débiteur démontre qu'il n'a pas commis de faute
- 3) Le débiteur démontre que l'inexécution ne lui est pas imputable
 - a) Dans quels cas admettra-t-on que l'inexécution du contrat n'est pas imputable au débiteur ?
 - b) Que devient l'obligation du débiteur s'il est établi que l'inexécution ne lui est pas imputable ?
 - c) Dans les contrats synallagmatiques, que devient l'obligation de l'autre partie lorsque le débiteur est libéré ?
- 4) Le débiteur peut-il demander la révision du contrat ?

§ 2 : LES CLAUSES CONTRACTUELLES

Article 1. — Le régime légal n'est pas entièrement supplétif

Article 2. — Le juge apprécie la signification et la qualification des clauses

Article 3. — Les clauses contractuelles sont souvent à résonnances multiples

§ 1 : LE RÉGIME LÉGAL

Article 1. — Que peut faire le créancier de l'obligation inexécutée ?

1) La réclamation à l'amiable

A proprement parler, ce mécanisme ne relève pas du régime légal car, à ce stade amiable, on n'est pas encore sur le terrain du droit. Toutefois nous l'évoquons pour deux raisons :

- 1° nous nous efforçons de présenter de façon chronologique les diverses attitudes que peut adopter le créancier ;
- 2° en pratique, cette réclamation amiable est souvent la première attitude du créancier, pour des raisons commerciales et dans le souci de préserver les bonnes relations entre parties.

Fréquemment donc, le créancier commence par essayer de vivre sa relation avec le débiteur de façon non juridique : il téléphone pour se rappeler à la bonne attention du débiteur et s'enquérir des motifs de l'inexécution ou bien il envoie une lettre amiable ; bref, il fait preuve de *patience*. Il ne veut pas encore, à ce stade, que le retard du débiteur ait les conséquences qui se produiraient si la relation était située sur le plan du droit.

2) La réclamation solennelle : la mise en demeure

Par la mise en demeure, le créancier signifie à son débiteur qu'il perd patience et entend situer désormais la relation contractuelle sur le terrain juridique avec toutes les conséquences que cela implique.

A) Définition

La mise en demeure est la constatation dans les formes légales du retard dans l'exécution et, plus largement, du défaut d'exécution de la part du débiteur.

B) Formes

- a) La *loi* (article 1139 du Code civil) prévoit, en principe, une *sommation* (c'est-à-

dire une saisie ou une assignation en justice).

Le Code judiciaire fait exception à ce principe dans le cadre de la procédure sommaire d'injonction de payer (articles 1338 et s.) : cette procédure permet à un créancier d'obtenir le paiement rapide de sommes d'argent qui lui sont dues et dont le montant n'excède pas 50.000 francs.

L'article 1339 du Code judiciaire prévoit que, dans le cadre de cette procédure, la sommation à payer (c'est-à-dire la mise en demeure) est soit signifiée par exploit d'huissier, soit adressée au débiteur par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception.

b) En vertu d'une *coutume*, on admet qu'en matière commerciale (du moment que le débiteur soit commerçant), un *rappel énergique* vaille sommation.

Ce rappel énergique doit clairement manifester la volonté du créancier de se situer sur le terrain du droit. Cette condition de fond étant remplie, la façon dont le rappel énergique se matérialise importe peu (sous réserve, bien sûr, des difficultés de preuve) : lettre recommandée, lettre missive, télégramme, communication téléphonique valant mise en demeure.

C) Effets

Il faut dès à présent signaler les deux effets de la mise en demeure afin de souligner que ce mécanisme situe la relation sur le terrain du droit.

a) Effets quant aux dommages-intérêts de retard.

Le principe de notre droit est que la seule arrivée de l'échéance d'un paiement ne suffit pas à faire courir des dommages-intérêts de retard (appelés *moratoires*, du latin *mora* : retard). Il faut la sommation du créancier, la manifestation de sa volonté de donner au retard de paiement des conséquences juridiques. Les dommages-intérêts de retard ne sont dus qu'à compter de la mise en demeure.

b) Effets quant au rôle libératoire de la force majeure.

Que faire lorsque :

- un débiteur doit remettre (livrer, restituer) une chose certaine et déterminée au créancier,
- qu'il ne remet pas la chose à la date prévue
- et que la chose disparaît par cas fortuit (cas de force majeure) après cette date ?

Le raisonnement du droit (voir l'article 1302 du Code civil) est le suivant : si la chose avait été remise à la date prévue, elle n'aurait pas péri. Le débiteur n'est donc pas *libéré* de son obligation. Mais cette conséquence ne se produit que si la relation est située sur le terrain du droit, s'il y a eu sommation du créancier.

La mise en demeure a donc pour effet d'écartier l'effet libératoire de la force majeure pour le débiteur tenu de remettre un corps certain et déterminé : tel est du moins le principe (cf. infra, p. 305).

3) L'exception du contrat non exécuté (*Exceptio non adimpleti contractus*)

Ce mécanisme est un *moyen de pression* très efficace dont dispose le créancier : puisque le débiteur ne s'exécute pas, le créancier ne s'exécute pas lui non plus. Si le débiteur s'en plaignait et assignait le créancier pour lui réclamer l'exécution, le créancier répondrait à titre d'exception (d'où le nom du mécanisme) : c'est parce que vous ne vous exécutez pas que je ne m'exécute pas non plus.

Ce mécanisme n'est concevable que dans les contrats synallagmatiques et pour autant que le créancier n'ait pas encore exécuté (toute) sa propre obligation.

Le principe de l'exception d'inexécution n'est pas consacré comme tel par le Code civil. Ce sont les interprètes qui l'ont dégagé à partir d'un certain nombre d'applications que le Code civil en a faites : ainsi, aux articles 1612, 1613 et 1704.

Ce mécanisme, très précieux en pratique, suscite cependant la méfiance des juristes car il constitue une entorse à un principe fondamental de notre droit : « nul ne peut faire justice à soi-même ».

Lorsque le créancier met en œuvre l'exception, deux situations peuvent se présenter : ou bien le débiteur finit par s'exécuter et ne reproche pas au créancier son inexécution et la relation contractuelle reprend alors normalement son cours ; ou bien les parties se retrouvent finalement en justice et le juge aura à contrôler *a posteriori* si le mécanisme de l'exception d'inexécution a été utilisé à bon escient. Il examinera d'abord s'il y avait vraiment inexécution de la part du débiteur. La jurisprudence exige que l'exception soit opposée de *bonne foi* : on retrouve, une fois encore, l'article 1134, alinéa 3, du Code civil et l'impératif de bonne foi en matière contractuelle. Par application de ce principe, la jurisprudence exige notamment qu'il y ait *proportionnalité* entre les inexécutions. De même, il faut, dans certains cas, que le créancier avertisse préalablement le débiteur des problèmes qui se posent : ainsi, par exemple, l'utilisateur du matériel informatique ne pourrait suspendre le paiement des redevances sans avoir averti le fournisseur des problèmes que pose le matériel et l'avoir ainsi mis en demeure d'y remédier.

L'opposition de l'*exceptio non adimpleti contractus* est fréquente dans la pratique. Ainsi, en cas de grève dans une entreprise, les ouvriers suspendent l'exécution de leur obligation de travailler et le patron, en ne payant pas les jours de grève, suspend, de façon strictement proportionnelle, son obligation de verser le salaire.

La jurisprudence sur les contrats informatiques offre plusieurs illustrations de l'utilisation légitime ou illégitime de l'exception d'inexécution.

Ainsi a-t-il été admis qu'en raison du non-paiement des redevances par l'utilisateur, le fournisseur suspend la maintenance du matériel, ce qui n'empêche nullement ledit fournisseur de réclamer ensuite en justice les redevances impayées avec les intérêts de retard (74).

Dans une autre affaire, l'utilisation de l'exception d'inexécution a été invalidée a posteriori par le juge. En l'espèce, le constructeur N.C.R. avait confié en sous-traitance des travaux à G.I.C.T.I. Invoquant des plaintes de clients, il avait cessé le paiement des factures. Attaqué par G.I.C.T.I., il se révéla incapable de prouver la faute de cette dernière : il n'y avait donc pas d'inexécution du débiteur. N.C.R. a dès lors été condamné à payer les factures avec les intérêts légaux de retard à compter de l'assignation (il n'y avait pas eu de mise en demeure préalable) (75).

4) La rupture (résolution - résiliation) unilatérale décidée par le créancier

Pour bien comprendre ce mécanisme, il est essentiel de faire deux remarques préalables.

1° Nous parlons ici de résolution (dans les contrats à exécution instantanée) ou de résiliation (dans les contrats à exécution successive) unilatérale au sens de rupture et non au sens de révocation du contrat. Nous envisageons la rupture suite à une inexécution du débiteur et non la révocation du contrat — appelée souvent, elle aussi, résiliation — fondée sur la raison qu'un contractant ne veut pas poursuivre la collaboration et le signale à l'autre partie — mettant ainsi fin au contrat — en respectant les modalités légales ou conventionnelles prévues pour cette révocation (cf. supra, p. 63).

2° En rompant le contrat à titre de sanction de l'inexécution de ses obligations par l'autre partie, le créancier se fait justice à lui-même et adopte une attitude à première vue illégitime (76) puisqu'elle ne respecte pas le schéma légal. En effet, en principe, la rupture doit être *prononcée* par le juge (article 1184 du Code civil).

Pourtant les nécessités pratiques ont amené la jurisprudence à accepter de plus en plus souvent des entorses au schéma légal.

Dans les contrats où la confiance entre parties joue un rôle important — la dispa-

(74) Cf. Trib. comm. Paris, 7 mai 1981, I.C.L. c/ GRTE, Expertises, 1981, n° 33, p. 11 ; Trib. comm. Paris, 14 janvier 1981, Kienzle c/ Centre d'information du Haut Comtat, Expertises, 1981, n° 30, p. 4.

(75) Trib. comm. Paris, 28 octobre 1980, Gicti c/ N.C.R., Expertises, 1980, n° 25, p. 5.

(76) Rappelons, pour autant que de besoin, que nous envisageons le régime légal applicable en l'absence de clause particulière du contrat.

rition de la confiance rendant alors impossible la poursuite de la collaboration — et où les nécessités économiques ne permettent pas de s'accommoder des lenteurs de la justice, on en est arrivé à considérer comme légitime que le créancier se fasse justice et décide lui-même la rupture (77).

Une fois la rupture prononcée,

— ou bien l'autre partie s'incline devant la rupture et les contractants mettent amiablement fin à leur collaboration,

— ou bien l'autre partie ne s'incline pas et porte l'affaire devant un juge. Celui-ci contrôlera a posteriori la résolution (ou la résiliation) en examinant si elle a été décidée à juste titre.

Certaines conditions sont requises pour que le juge valide la rupture unilatérale :

1° une inexécution du débiteur suffisamment grave pour empêcher la poursuite de la collaboration (application, une fois encore, du principe de bonne foi) ;

2° des circonstances économiques telles que la rupture devait être décidée immédiatement sans attendre l'intervention d'un juge ;

3° une mise en demeure préalable adressée au débiteur : mise en demeure qui, en matière commerciale, peut être faite sous n'importe quelle forme pourvu qu'il y ait rappel énergique. Il paraît normal d'exiger qu'une sanction aussi grave que la rupture du contrat n'intervienne qu'après une réclamation solennelle du créancier.

Si le juge valide la rupture, il l'entérine et ne la prononce pas. Dans le cas contraire, le juge considère la rupture comme une faute : cette faute peut alors justifier la résolution judiciaire à la demande de l'autre partie et aux torts de celui qui a rompu unilatéralement.

Cette évolution jurisprudentielle s'applique à la matière des contrats informatiques. La jurisprudence accepte qu'en raison de l'importance de la collaboration dans les contrats informatiques et des nécessités économiques, l'utilisateur mécontent puisse s'adresser à un autre fournisseur sans attendre une rupture judiciaire. Ce mécanisme, ainsi qu'il a été dit, s'est imposé malgré le principe de la résolution judiciaire porté à l'article 1184 du Code civil.

Dans l'affaire Compagnie R.U.F. contre Laboratoire de biologie médicale (78), l'utilisateur mécontent des graves insuffisances du matériel avait notifié au fournisseur la rupture du contrat et cessé tout paiement. Assigné par R.U.F. qui lui reproche notamment de s'être fait justice à lui-même, le laboratoire demande au juge de « prononcer » la résolution de la vente aux torts du fournisseur, ce que la Cour de Toulouse accorde après avoir relevé les inexécutions fautives de ce dernier. Il est clair toutefois

(77) Cf. A. Weill et F. Terré, Droit civil, Les obligations, Paris, 1975, n° 488.

(78) Toulouse, 5 décembre 1979, Expertises, 1980, n° 23, p. 3.

que, dans cette affaire, la Cour n'a pas prononcé la résolution mais l'a entérinée.

Dans l'affaire Maroteaux contre Burroughs (79) par contre, la Cour de Paris n'a pas légitimé la résiliation unilatérale décidée par Maroteaux. Elle a relevé que les pannes de l'imprimante n'étaient pas un motif suffisant de rupture d'autant plus que les techniciens de Burroughs étaient intervenus chaque fois que le client en avait fait la demande et dans des conditions assurant à celui-ci une exploitation normale de l'ordinateur. La résiliation demandée par Burroughs a, par conséquent, été prononcée aux torts de Maroteaux.

5) *L'assignation en justice*

En assignant en justice, le créancier a théoriquement le choix entre deux branches d'une alternative : soit demander l'exécution forcée de l'obligation due, soit demander la rupture judiciaire du contrat (résolution ou résiliation).

En fait, le choix de la solution est souvent dicté par les circonstances de l'espèce et il est rare que le créancier puisse hésiter à propos de ce qu'il doit demander. D'autre part, ainsi que nous le verrons (cf. infra, p. 109), il arrive que le créancier puisse, dans une certaine mesure, cumuler les deux possibilités.

Nous envisagerons successivement les deux branches de l'alternative.

Première branche : le créancier demande l'exécution forcée du contrat

A) Les formes de l'exécution forcée.

A ce stade, le créancier demande à la justice de lui prêter main-forte pour forcer le débiteur à s'exécuter.

Selon le cas, le créancier demandera soit l'exécution *en nature* (prestation de l'engagement pris au contrat), soit l'exécution par *équivalent* (allocation d'une somme d'argent destinée à remplacer la prestation de l'engagement pris au contrat).

a) *L'exécution en nature*

Le créancier la demandera si elle est encore possible. Il y a un cas où il ne saurait, de toute façon, réclamer *que* l'exécution en nature : lorsque le débiteur doit une somme d'argent.

Hors cette hypothèse, il arrivera que l'exécution en nature ne puisse pas être demandée.

(79) Paris, 7 juillet 1981, Expertises, 1981, n° 33, p. 5.

— Cas où l'exécution en nature n'est PLUS possible.

Elle ne l'est plus parce que l'inexécution de l'obligation est irrémédiablement consommée. Ainsi, en cas de retard, d'accidents, de concurrence qui a été faite au mépris d'un engagement de non-concurrence, etc ...

— Cas où l'exécution en nature est encore possible, mais où elle exigerait, pour être réalisée, une CONTRAINTE sur la PERSONNE du débiteur.

Notre droit répugne à toute violence sur la personne, exercée afin d'obtenir la prestation d'un fait déterminé. Cette règle nous vient du droit romain : « Nemo potest cogi ad factum » (nul ne peut être forcé à *faire* quelque chose). Elle s'explique par un souci de respecter la liberté individuelle, mais aussi par souci d'efficacité.

Ce qui précède se trouve exprimé de façon synthétique dans l'article 1142 du Code civil.

Il importe toutefois de noter que la portée pratique de la règle « nemo potest cogi ad factum » est réduite pour deux raisons.

Tout d'abord, le Code civil a toujours connu des tempéraments à la rigidité de cette règle : l'article 1144 du Code permet au créancier de demander au juge la permission de faire exécuter la prestation promise par un tiers et ce, aux dépens du débiteur. Ensuite et surtout, notre droit connaît, depuis 1980, le procédé de l'*astreinte* grâce auquel le créancier peut postuler l'exécution en nature de la prestation promise sous peine pour le débiteur d'avoir à lui payer une somme d'argent (cf. infra, p. 104). Ainsi, par exemple, si l'utilisateur refusait de prendre livraison du matériel informatique acheté, le fournisseur pourrait demander au juge de décider l'exécution de cette obligation de faire sous peine d'astreinte (80).

b) *L'exécution par équivalent*

Le créancier demande au débiteur de verser des dommages-intérêts (D.I.) qui viseront à effacer les conséquences de l'inexécution en sorte que, dans la mesure du possible, *tout se passe comme si l'engagement pris avait été exécuté*.

Lorsqu'il s'agit de réparer le dommage résultant d'un retard dans l'exécution, on parle de D.I. *moratoires*. Dans les autres cas, on parle de D.I. *compensatoires*.

B) Les conditions requises pour obtenir des D.I.

a) *La mise en demeure*

Le seul fait de l'arrivée du moment où l'obligation devrait être accomplie n'indique pas à suffisance que le créancier exigera son dû. Notre droit exige que le

(80) Cf. Trib. comm. Paris, 14 janvier 1981, précité où toutefois le tribunal n'a pas fait droit à la demande principale du fournisseur : plusieurs années s'étant écoulées depuis la commande, le modèle était dépassé par l'évolution technique. L'exécution en nature n'avait donc plus de sens, c'est pourquoi le tribunal a plutôt fait droit à la demande subsidiaire en résolution et a prononcé celle-ci aux torts de l'utilisateur.

créancier se rappelle solennellement à l'attention du débiteur.

La mise en demeure est-elle nécessaire pour tous les dommages-intérêts ?

Il semble désormais admis que la mise en demeure n'est nécessaire que pour faire courir les D.I. moratoires. A ce propos, il convient de souligner que le créancier a avantage à ne pas attendre l'assignation en justice pour se rappeler solennellement à l'attention du débiteur : de la sorte, les intérêts de retard commenceront à courir avant l'assignation.

En ce qui concerne les D.I. compensatoires, la mise en demeure est inutile : on se trouve en présence d'une inexécution définitive qu'il s'agit de réparer. Toutes les conséquences de cette inexécution doivent être réparées à partir du moment où elle a été acquise (81).

b) *Les conditions de la responsabilité contractuelle*

Lorsque le débiteur doit des D.I. pour réparer le dommage résultant de l'inexécution d'une obligation découlant d'un contrat, on dit qu'il a engagé sa *responsabilité contractuelle*. Nous avons déjà évoqué la responsabilité aquilienne qui se trouve engagée en cas de faute ne consistant pas en la violation d'un engagement contractuel (d'où l'application des articles 1382 et suivants du Code civil). Les régimes de ces deux types de responsabilité sont fort semblables. Le demandeur en D.I. doit établir la conjonction de trois éléments.

1° La faute

Traditionnellement, en droit belge et français, on enseigne que, pour établir la faute du débiteur, la tâche du créancier est très différente selon que l'obligation de ce débiteur est de *moyens* ou de *résultat*.

Il convient donc d'exposer en premier lieu la doctrine classique. Ensuite, on examinera si la distinction traditionnelle présente quelque utilité en matière de contrats informatiques.

« Dans le contrat, le débiteur ne promet pas toujours la même chose ; l'étendue, la valeur de son obligation varient. Lorsque le débiteur promet de payer une certaine somme à une échéance déterminée ou de transférer à l'acquéreur la propriété d'une chose, il ne promet pas de faire ce qu'il pourra pour arriver à cette fin : il promet le *résultat*. Mais il n'en est pas toujours ainsi : lorsque, par exemple, un médecin accepte de soigner son client, il ne lui promet pas, il ne pourrait lui promettre la guérison ; il s'engage à lui donner des soins consciencieux attentifs et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science. C'est une obligation de *diligence* » (82).

(81) Cf. A. Weill et F. Terré, op. cit., n° 426.

(82) G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, T. 2, Les obligations, Paris, 1962, n° 468.

L'obligation de diligence ou de *moyens* est celle qui est visée par l'article 1137 du Code civil. Le créancier qui se plaint de l'inexécution doit prouver que le débiteur n'a pas apporté à s'exécuter les soins d'un bon père de famille : la responsabilité du débiteur est analogue à la responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 du Code civil.

L'obligation de *résultat* est celle qui est prévue par l'article 1147 du Code civil. Le créancier qui se plaint de l'inexécution doit simplement établir que le résultat promis n'a pas été obtenu : il en résulte une présomption irréfragable de faute de la part du débiteur, celui-ci ne peut se dégager qu'en détruisant le lien causal entre l'inexécution et sa faute présumée, c'est-à-dire en établissant l'existence d'une cause étrangère libératoire (cf. infra, p. 111).

Cette distinction apparemment séduisante semble peu utile en matière de contrats informatiques.

En effet, lorsque l'utilisateur reproche au fournisseur de lui avoir livré un matériel qui ne répond pas à ses besoins, il s'agit de savoir s'il y a eu faute du fournisseur.

Mais on ne peut répondre utilement à cette question en se laissant enfermer dans le dilemme : obligation de moyens ou de résultat. Ce dilemme ne fait qu'obscurcir le problème sans permettre de poser les vraies questions.

La première question à se poser est la suivante : qu'est-ce que le débiteur a promis et à quoi s'est raisonnablement attendu le créancier ?

Cette question résolue, il faut se demander si le fournisseur a livré un matériel conforme à ce qui a été promis. Si non, il y a faute de sa part. Si oui, il n'a pas manqué à son obligation de délivrance. Si, malgré cela, le matériel ne répond pas aux besoins de l'utilisateur, il faut analyser les autres obligations pesant sur les parties. On se demandera alors si, dans la phase précontractuelle, le fournisseur a bien respecté ses obligations de renseignements et de conseils et l'utilisateur son obligation de définir son problème. Si nécessaire, on examinera enfin si la collaboration des parties a été correcte pendant la phase de mise au point du système (83).

Seule cette démarche permet de répondre efficacement à la question de savoir s'il y a faute du débiteur. Affirmer sans nuances que l'obligation du fournisseur est de moyens ou de résultat ne sert à rien car cela ne dispense jamais d'effectuer la démarche décrite.

(83) Cf. P. et Y. Poullet, op. cit., n° 29.

Une décision récente de la Cour d'appel de Paris (84) illustre parfaitement ce propos. La société S.O.P.R.A. s'était engagée à assurer la conversion et la modernisation du système de traitement informatique de la société C.N.A. Des difficultés et des retards intervinrent dans l'exécution des travaux et finalement C.N.A. décida unilatéralement la rupture du contrat. C.N.A. prétendit que S.O.P.R.A. avait une obligation de résultat et S.O.P.R.A. défendit l'idée d'une obligation de moyens. Devant le Tribunal de commerce, la thèse de l'obligation de résultat triompha.

La Cour de Paris ne se laisse pas enfermer dans ce débat stérile : elle adopte une démarche qui rend vaine la discussion sur la qualification de l'obligation du fournisseur. Elle examine le comportement de chacune des parties, éclairée notamment par le rapport de l'expert : elle relève soigneusement les diverses fautes du fournisseur qui a mal apprécié au départ l'ampleur du travail, qui s'est abstenu de faire aucune réserve, qui a manqué de rigueur dans la réalisation du programme, etc ... ; elle reproche ensuite à l'utilisateur sa rupture unilatérale alors qu'aucune anomalie majeure bloquante n'était constatée ; en conséquence, elle entérine la rupture du contrat, mais décide que celle-ci est intervenue aux torts réciproques des parties, soit 3/4 à charge du fournisseur et 1/4 à charge de l'utilisateur ; tenant compte de ce partage de responsabilités, elle fixe alors le montant des dommages-intérêts que S.O.P.R.A. doit verser à C.N.A.

2° Le dommage

Le demandeur devra fournir au juge des preuves du dommage subi, c'est-à-dire du *préjudice éprouvé*, et, dans certains cas, du manque à gagner.

Le Code civil précise encore que, sauf le cas de dol, le débiteur n'est tenu de réparer que le dommage prévisible au moment de la formation du contrat (article 1150).

3° Le lien causal

Le lien causal entre la faute et le dommage doit être *certain*. Ce caractère fait défaut si plusieurs facteurs peuvent expliquer la survenance du dommage sans que la faute du débiteur apparaisse comme décisive. De plus, ce caractère certain sera parfois contesté par le débiteur qui s'efforcera d'établir que le dommage provient d'une cause étrangère (cf. infra, p. 111).

Le Code civil précise encore que le débiteur n'est tenu de réparer que le dommage qui est une suite directe de la faute (article 1151). Le lien causal doit donc être aussi un lien *direct*.

(84) Paris, 26 janvier 1982, *Sopra c/ CNA*, Expertises, 1982, n° 39, p. 80.

On peut illustrer, en matière informatique, les exigences légales relatives au dommage et au lien causal en évoquant l'affaire C.E.R.C.I. contre C.P.S. (85). C.E.R.C.I. est une entreprise qui livre des cadeaux et dont la pleine activité se situe au mois de décembre. Le fournisseur promet un système informatique clés en mains qui doit être livré en juillet. Des retards se produisent et finalement la livraison n'a lieu qu'en novembre. La campagne de décembre est désorganisée et pose de nombreux problèmes à l'entreprise utilisatrice.

Elle réclame au fournisseur la réparation des préjudices subis.

Il n'y a guère de difficultés touchant les dommages, conséquences immédiates et certaines de la faute du fournisseur, tels que : le réengagement d'une partie du personnel, le paiement d'heures supplémentaires. Mais C.E.R.C.I. prétend aussi qu'elle a perdu de la clientèle et que son image de marque a été ternie. A ce propos, le juge adopte une attitude restrictive estimant que ce dommage n'était pas entièrement prévisible pour le fournisseur : celui-ci pouvait légitimement s'attendre à ce qu'en cas de problèmes, l'utilisateur prît des mesures pour limiter ce genre de préjudice, ce qui ne fut pas fait.

C.E.R.C.I. invoque encore une baisse de son chiffre d'affaire, mais sans pouvoir établir avec certitude le lien de causalité entre la faute du fournisseur et ce préjudice.

Bien que ce point n'ait pas été soulevé en l'espèce, on peut, à partir de cette affaire, illustrer la notion de dommage indirect : aurait été un dommage indirect non réparable la faillite de l'entreprise suite aux difficultés rencontrées.

c) Règle spéciale pour les obligations portant sur une somme d'argent

Dans cette hypothèse, les D.I. ne sauraient être que *moratoires*. Afin de faciliter la tâche du demandeur, le Code (article 1153, alinéa 1) prévoit une évaluation forfaitaire *légale* de la quotité du dommage résultant d'un retard dans le paiement. Le taux actuel des intérêts légaux est de 12%.

En cas de *dol* du débiteur, c'est-à-dire d'inexécution délibérée et dans le but de nuire, l'article 1153, alinéa 4, du Code civil permet au juge de laisser de côté l'évaluation forfaitaire et de choisir un taux de réparation plus exact. Le but de cette disposition est d'éviter que le dol du débiteur puisse lui apporter un certain gain en raison du forfait légal.

(85) Paris, 4 janvier 1980, J.C.P., 1982, II, 19.734.

C) Les moyens mis à la disposition du créancier pour obtenir l'exécution forcée.

On suppose ici que le débiteur, bien que condamné, refuse de s'incliner devant la décision de justice et de s'exécuter.

Que peut faire alors le créancier pour obtenir satisfaction ? Il faut distinguer selon que la condamnation du débiteur porte ou non sur le paiement d'une somme d'argent.

- Si le débiteur est condamné au paiement d'une somme d'argent, le créancier pourra être satisfait grâce aux *saisies-exécutions*.
- Si le débiteur est condamné à une autre prestation que le paiement d'une somme d'argent, la satisfaction du créancier résultera :
 - soit d'un recours à la force publique, grâce à la force exécutoire du jugement, pour contraindre le débiteur à obtempérer : mais, très souvent, le créancier se heurtera à la règle « *nemo potest cogi ad factum* » ;
 - soit de l'accomplissement de la prestation par un tiers si le créancier a eu recours à l'article 1144 du Code civil ;
 - soit de la pression exercée par une *astreinte* si le créancier a songé à demander pareille condamnation en même temps qu'il exigeait l'exécution de la prestation promise.

Il convient de s'arrêter un peu aux notions essentielles de saisie-exécution et d'astreinte.

a) *Les saisies-exécutions*

Si le débiteur ne paie pas les sommes auxquelles il a été condamné, le créancier pourra, grâce à la *force exécutoire* dont est revêtu le jugement de condamnation, recourir à des saisies-exécutions sur le patrimoine du débiteur (cf. Code judiciaire, articles 1494 et s.) : c'est-à-dire faire procéder à la vente forcée des biens du débiteur et se payer sur le produit de cette vente.

b) *L'astreinte*

Lorsque le créancier demande l'exécution en nature d'une prestation autre que le paiement d'une somme d'argent — obligation de faire, de ne pas faire ou de donner un bien autre que de l'argent — il peut demander en même temps le prononcé d'une astreinte pour le cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale.

L'astreinte a été introduite en droit belge par la loi du 31 janvier 1980 (articles 1385 bis et 1385 nonies du Code judiciaire).

Elle « consiste en une condamnation pécuniaire que le juge menace un débiteur

de devoir payer au créancier si ce débiteur n'exécute pas volontairement une obligation que le juge lui enjoint d'exécuter » (86).

Elle ne peut pas être prononcée en cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent puisqu'en pareil cas interviennent les saisies-exécutions qui permettent au créancier d'être satisfait.

Elle ne peut pas non plus être prononcée en ce qui concerne les actions en exécution des contrats de travail car on n'a pas voulu que l'utilisation de ce procédé puisse « saper certaines actions collectives des travailleurs » (87) (article 1385 bis du Code judiciaire).

L'astreinte doit être demandée par le créancier et ne peut donc être prononcée d'office par le juge.

Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation souveraine pour déterminer le montant et les modalités de l'astreinte (voir notamment l'article 1385 ter du Code judiciaire).

Il faut encore signaler que, si le débiteur ne s'exécute pas, l'astreinte est due et devra être versée au créancier, et cela, même si ce dernier obtient finalement satisfaction par l'exécution en nature de la prestation (s'il en était autrement, le mécanisme perdrait toute efficacité). Il se pourrait donc que le créancier fasse, en définitive, une bonne affaire suite au retard mis par le débiteur à obtempérer à la condamnation principale prononcée par la Justice. Ce fait peut paraître choquant, mais il faut se rappeler qu'il suffit au débiteur de s'exécuter pour éviter pareille conséquence.

Deuxième branche : Le créancier demande la rupture (résolution ou résiliation) du contrat (article 1184 du Code civil)

A) Notion.

L'exécution forcée n'est pas toujours la meilleure alternative pour le créancier. Puisque le débiteur n'est pas intéressant (il ne s'exécute pas), le créancier peut préférer l'anéantissement de ce contrat qui est une mauvaise affaire. De la sorte, il sera lui aussi libéré de ses obligations. Il pourra repartir à zéro avec un nouveau débiteur.

(86) I. Moreau-Margrève, Clause pénale et astreinte dans le contexte socio-économique actuel, Centre des Facultés Universitaires Catholiques pour le recyclage en Droit, 1981, 21.

(87) I. Moreau-Margrève, op. cit.

On saisit immédiatement que la résolution ne se conçoit que dans les contrats synallagmatiques. Elle est une conséquence de l'interdépendance des obligations réciproques qui existe dans pareil cas (cf. supra, l'exception du contrat non exécuté) : l'exécution de son obligation par le débiteur n° 1 est la *cause* de l'engagement du débiteur n° 2 et réciproquement.

En principe, la résolution entraîne l'anéantissement du contrat, c'est-à-dire sa disparition *rétroactive* : il y a donc lieu à *répétition* de ce qui a déjà été exécuté. Par exception, dans les contrats à exécution successive (comme le bail), il n'y a pas d'effet rétroactif, vu l'impossibilité de restituer les prestations accomplies : on parle alors de *résiliation*. Dans ce cas, il n'y a pas anéantissement du contrat mais plutôt dissolution : cela ressemble, mutatis mutandis, à un divorce.

L'analogie avec le divorce peut d'ailleurs être poursuivie. Ainsi que le révèle notamment la jurisprudence en matière de contrats informatiques, le juge prononce — ou entérine — généralement la rupture en précisant qu'elle intervient « aux torts » d'une partie ou « aux torts réciproques » : il indique de la sorte que la responsabilité de la rupture, avec les dommages-intérêts qui en découlent le cas échéant, incombe à telle partie ou est partagée entre les deux contractants.

B) Schéma.

Nous avons déjà signalé (cf. supra, p. 96) que les nécessités pratiques conduisent, dans une série de cas, à écarter le régime légal de principe relatif à la rupture du contrat.

Cela ne signifie pas que ce schéma de principe ne soit plus jamais appliqué : il faut insister sur ce point et il faut donc examiner brièvement les éléments principaux qui se dégagent d'une analyse de l'article 1184 du Code civil.

a) *Option du créancier*

Le créancier bénéficie à tout moment d'une option entre l'exécution forcée et la résolution, de telle sorte que s'il a assigné en résolution, il peut encore, en cours d'instance, changer d'avis et demander l'exécution forcée (et inversement).

b) *L'inexécution du débiteur*

Classiquement, on considère que l'article 1184 ne joue qu'en cas d'inexécution *fautive* du débiteur⁽⁸⁸⁾. Cette faute s'établit de la même façon que lorsqu'il y a mise en œuvre de la responsabilité contractuelle et exécution par équivalent (cf. supra, p. 100). En principe, on peut recourir à la distinction traditionnelle

entre les obligations de moyens ou de résultat, mais nous avons vu que cette distinction n'est pas pertinente dans la matière des contrats informatiques.

Si le débiteur parvient à démontrer que l'inexécution est due à un cas de force majeure, on applique la théorie des risques (cf. infra, p. 113), avec des conséquences très semblables à celle de la résolution judiciaire : rupture du contrat si l'inexécution est définitive ; poursuite du contrat s'il n'y a eu qu'un obstacle temporaire à l'exécution. C'est pourquoi la jurisprudence décide généralement qu'il y a lieu de prononcer la résolution judiciaire quelle que soit la cause de l'inexécution : faute ou force majeure (89).

c) *La résolution est prononcée par le juge*

Sous réserve des remarques ultérieures (cf. infra, C, p. 109), le principe est que la résolution ne peut résulter que d'une décision judiciaire : le créancier ne peut rompre unilatéralement le contrat sans y avoir été autorisé par la Justice.

d) *Pouvoir d'appréciation du magistrat*

La résolution est facultative pour le juge.

Même si l'inexécution fautive est établie, le juge peut accorder un délai supplémentaire au débiteur qui offre de s'exécuter. En ce cas, le juge prévoit généralement que si, passé le délai, le contrat n'est toujours pas exécuté, il autorise d'avance la résolution par volonté unilatérale du créancier : celui-ci ne devra donc plus obtenir une nouvelle décision judiciaire.

L'appréciation du juge repose sur une évaluation raisonnable et équitable des circonstances de la cause. Il se demandera, d'une part, si un délai supplémentaire ne risque pas de causer un préjudice excessif au créancier et, d'autre part, si l'offre d'exécution du débiteur a un caractère sérieux et satisfaisant.

Lorsque l'inexécution est due à une faute, le juge appréciera la gravité de celle-ci et il se demandera si elle a affecté la confiance entre les parties au point que la poursuite de leur collaboration en est devenue impossible.

La matière des contrats informatiques offre plusieurs illustrations de ce pouvoir d'appréciation du juge. Ainsi, dans une affaire (90) où le fournisseur n'avait pas assuré à l'utilisateur la maintenance promise à propos du matériel vendu, les juges ont condamné le fournisseur à réparer les conséquences de sa faute :

(89) Cf. A. Weill et F. Terré, op. cit., n° 486.

(90) Paris, 1^{er} octobre 1980, Chauvin c/ L'Arçonnerie Française c/ France-Bail, Expertises, 1980, n° 25, p. 2.

(88) De Page, op. cit., T. II, n° 880 et 890.

troubles de jouissance, préjudice commercial, frais d'entretien supplémentaires. Toutefois, puisque le matériel restait en état de fonctionner et que l'utilisateur ne démontrait pas que l'entretien était impossible à réaliser, les juges ont refusé la résolution de la vente demandée par l'utilisateur en estimant que la faute du fournisseur et ses conséquences n'étaient pas telles qu'il fallût rompre le contrat (91).

Le juge peut donc refuser la rupture tout en condamnant le débiteur à des dommages-intérêts.

Par ailleurs, une condamnation à des dommages-intérêts reste également possible lorsque le juge accorde la rupture.

e) *Dommages-intérêts complémentaires*

Il arrive souvent que la rupture du contrat ne répare pas entièrement le préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution par le débiteur. C'est particulièrement clair en cas de résiliation puisqu'il n'y a pas, dans cette hypothèse, restitution des prestations effectuées : la rupture ne vaut que pour l'avenir, mais, pour le passé, l'inexécution fautive du débiteur a pu causer des ravages qu'il faut réparer.

En cas de résolution, il y a restitution des prestations réciproques. Ainsi, le vendeur de l'ordinateur restitue le prix payé et l'utilisateur rend le matériel livré. Mais si la résolution est prononcée aux torts du fournisseur, il reste que pendant un certain temps — des mois, voire des années — l'utilisateur a eu à sa disposition du matériel ne donnant pas ou pas totalement satisfaction : s'il avait eu un bon débiteur, il aurait eu cette satisfaction. Il a donc subi un préjudice constitué par la différence entre la satisfaction escomptée et l'insatisfaction effective résultant de l'inexécution fautive du débiteur.

Il convient d'ajouter que les frais exposés pour la conclusion du contrat n'ont servi à rien puisque, finalement, il y a rupture.

L'article 1184 prévoit donc que le créancier qui demande la résolution ou la résiliation peut exiger en surplus des dommages-intérêts qui réparent le préjudice subsistant au-delà de la rupture.

Dans ce cas, on applique les principes de la responsabilité civile avec ses trois conditions habituelles : faute du débiteur, dommage subi par le créancier, lien

(91) Autre exemple, en sens contraire : Paris, 4 mars 1980, Logabax c/ Paudis, Expertises, 1980, n° 17, p. 8, où l'inexécution du fournisseur a été jugée suffisamment grave pour justifier la résolution de la vente.

causal entre les deux.

Dans la mesure où des dommages-intérêts sont alloués en sus de la rupture du contrat, il y a un certain *cumul* entre les deux branches de l'option offerte au créancier : en effet, il obtient à la fois la résolution (ou la résiliation) et une exécution par équivalent qui *compense* le préjudice provoqué par l'inexécution du débiteur et non réparé par la rupture.

La matière des contrats informatiques offre de nombreux exemples des problèmes que pose la demande de dommages-intérêts complémentaires.

Parfois l'utilisateur échoue à démontrer que la résolution et la restitution qui en résulte ne suffisent pas à réparer son préjudice. Ou bien, il invoque un préjudice, mais sans arriver à établir le lien causal. Tel est le cas dans l'affaire Deslandes et Thurier contre Burroughs (92) : la société utilisatrice invoque une diminution de la croissance de son chiffre d'affaire et la démission de collaborateurs de qualité sans pouvoir établir de façon certaine que ces troubles ont bien été la conséquence de l'ordinateur inadéquat.

Dans d'autres cas, les dommages-intérêts sont accordés, mais on constate que leur destination précise est loin d'être aisée. Ainsi, dans l'affaire Logabax contre Paudis (93) où il s'agissait de fixer les montants à octroyer à l'utilisateur en sus de la résolution de la vente, les juges ont estimé qu'on peut admettre le remboursement du coût du logiciel, mais, en revanche, qu'il faut tenir compte de la satisfaction, même partielle, que l'ordinateur a apportée aux besoins de l'entreprise ; pour réparer le trouble commercial et les pertes consécutives, les juges se sont référés à l'évaluation *forfaitaire* proposée par l'expert.

C) Exception au schéma de principe : la rupture décidée par le créancier.

Nous avons déjà signalé (cf. supra, p. 96) que, dans certains types de contrats et en raison des nécessités pratiques, la jurisprudence a dû admettre de se borner à contrôler *a posteriori* une rupture déjà acquise dans les faits et décidée le plus souvent par le créancier de l'obligation non exécutée.

S'il estime la rupture légitime, le juge l'entérine au lieu de la prononcer. D'autre part, il est inconcevable d'ordonner l'exécution du contrat au lieu de sa rupture puisque le « divorce » entre parties est consommé : dans cette mesure, le pouvoir d'appréciation

(92) Paris, 6 mars 1981, Expertises, 1981, n° 28, p. 14.

(93) Paris, 4 mars 1980, Expertises, 1980, n° 17, p. 8.

du juge est restreint. Pour le reste, tout ce qui a été dit à propos du schéma de principe — notamment à propos des D.I. complémentaires — subsiste. Le juge vérifie donc si l'inexécution du débiteur était suffisamment grave pour justifier la rupture.

Malgré l'importance croissante de cette exception au schéma de principe, il convient d'observer que celui-ci reste d'application dans de nombreuses situations, ne serait-ce qu'en raison de la volonté expresse de la loi (cf. article 1762 bis du Code civil, en matière de bail à loyer).

Article 2. — Que peut répondre le débiteur ?

1) *Le débiteur demande un délai*

Il se peut que le débiteur offre de s'exécuter si un délai supplémentaire lui est accordé.

Selon le cas et selon le moment où l'on se situe dans les étapes analysées au paragraphe précédent, le délai est octroyé par le créancier ou par le juge.

L'octroi d'un délai par le créancier peut avoir pour effet de prolonger la période de réclamation amiable (cf. supra, p. 93) évitant (si le débiteur s'exécute) ou retardant (dans le cas contraire) la mise en demeure. Il se peut aussi que le créancier accorde le délai tout en procédant à une mise en demeure afin de faire courir, à toutes fins utiles, les intérêts de retard : dans ce cas, le délai évite ou retarde l'assignation en justice.

L'octroi d'un délai par le juge permet d'éviter ou de retarder la résolution (cf. supra, p. 107).

Le juge peut enfin accorder un dernier délai, appelé *délai de grâce*, au moment où le créancier passe à l'exécution forcée et s'apprête à faire saisir les biens du débiteur : voir l'article 1244, alinéa 2, du Code civil (94).

2) *Le débiteur démontre qu'il n'a pas commis de faute*

Nous avons vu les diverses conséquences de la faute du débiteur : condamnation à payer des D.I. compensatoires et/ou moratoires ; résolution ou résiliation, avec D.I. complémentaires le cas échéant.

Le débiteur peut échapper à ces conséquences dans deux hypothèses : ou bien il

(94) Sur le rôle de cette règle en matière de contrats informatiques, cf. supra, p. 104, et infra, p. 311.

parvient à démontrer que, contrairement à ce que prétend le créancier, il a correctement exécuté son obligation, ou bien il établit que le dommage subi par le créancier ne résulte pas de sa faute, mais d'une cause qui lui est étrangère.

Si l'on recourt à la distinction traditionnelle entre obligations de moyens ou de résultat (cf. supra, p. 100), on dira qu'en cas d'obligations de moyens, le débiteur peut recourir aux deux types de défense qui viennent d'être évoqués, tandis qu'en cas d'obligation de résultat, il ne dispose que du second : étant présumé irréfragablement en faute en raison de la non-obtention du résultat, il ne peut établir une absence de faute, mais seulement l'existence d'une cause étrangère.

Pour établir l'absence de faute, le débiteur s'efforcera de montrer positivement qu'il a bien rempli son ou ses obligations. S'il convainc le juge, celui-ci en tirera les conséquences qui s'imposent et qui seront, selon les cas, soit l'absence de responsabilité du débiteur, soit le refus de la résolution demandée par le créancier, soit encore la constatation du caractère fautif de l'exception d'inexécution ou de la rupture unilatérale qui auraient été mises en œuvre par le créancier.

3) *Le débiteur démontre que l'inexécution du contrat ne lui est pas imputable : il établit l'existence d'une cause étrangère libératoire*

A) Dans quels cas admettra-t-on la cause étrangère libératoire ?

Il faut distinguer la force majeure et la faute de la victime.

a) *L'inexécution résulte d'un événement extérieur ou du fait d'un tiers constitutifs de force majeure*

A quelles conditions, un événement extérieur ou le fait d'un tiers constituent-ils cas de force majeure (que le code appelle parfois cas fortuit) ?

Classiquement, on analyse les éléments constitutifs de la force majeure comme suit :

1° *Impossibilité d'exécuter*

« C'est la base même de la libération du débiteur et de l'exclusion de la responsabilité. Il ne suffirait donc pas qu'il y ait simple difficulté d'exécution même fort grande » (95).

« En vertu de la même idée, l'on considère, de façon parfois trop absolue d'ailleurs, que la force majeure ne peut normalement être invoquée lorsqu'il

(95) G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n° 485.

s'agit de choses de genre que l'on peut en principe se procurer ailleurs : « généra non pereunt ». En tout cas, lorsqu'il s'agit d'argent et de difficultés de trésorerie, l'excuse d'impossibilité n'est pas admise » (96).

2° *Imprévisibilité*

« Il ne s'agit pas de la prévision mais de la prévisibilité par un homme clairvoyant, avisé, à l'époque où l'engagement contractuel a été formé, en un mot de ce que le débiteur aurait dû prévoir » (97).

Il convient de noter que la jurisprudence a tendance à se montrer sévère à ce sujet.

3° *Irrésistibilité : caractère inévitable*

« Il faut enfin pour qu'il y ait force majeure que l'événement considéré et son incidence fussent inévitables pour le débiteur : que celui-ci n'ait pu, par un comportement approprié, par exemple certaines précautions avant l'événement ou plus d'habileté au moment ou même après, en éviter les conséquences dommageables sans quoi il est en faute de n'avoir pas fait ce qui aurait pu lui permettre de remplir ses obligations » (98).

Précisons que la jurisprudence belge et française se montre traditionnellement très sévère dans l'appréciation de la notion d'irrésistibilité : il n'y a pas force majeure ou cas fortuit si l'exécution de l'obligation est seulement rendue plus difficile ou plus onéreuse (99). Ce faisant, la jurisprudence fait passer la stabilité du contrat, loi des parties, avant même les considérations d'équité.

Parmi les événements dont le caractère de force majeure est discuté, il faut mentionner la *grève* dans l'entreprise du débiteur. La réponse de principe est que, dans la grève, les conditions de la force majeure ne sont pas réunies (100) : d'une part, la grève n'est pas un événement extérieur à la sphère d'activité du débiteur ; d'autre part, elle n'est pas inévitable puisque le patron pourrait l'empêcher en rencontrant les revendications des travailleurs. La réponse est parfois différente dans des cas particuliers tel celui d'une grève sauvage (101).

(96) G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n° 485.

(97) G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n° 486.

(98) G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n° 487.

(99) Cf. A. Weill et F. Terré, op. cit., n° 413.

(100) Cf. Paris, 24 juin 1981, Olivetti c/ CAT, Expertises, 1981, n° 32, p. 13.

(101) Cf. sur la question : A. Weill et F. Terré, op. cit., n° 415.

On comprend que, pour éviter les incertitudes enveloppant cette question, les fournisseurs prévoient souvent dans leurs conditions générales que la grève sera considérée comme un cas de force majeure.

b) *Le dommage résulte de la faute du créancier (la victime)*

La faute de la victime entraîne l'exonération (la libération) *totale* du débiteur lorsqu'elle est l'unique cause du dommage et lorsqu'elle en est la cause imprévisible et inévitable pour le débiteur (conditions de la force majeure).

La faute de la victime entraîne une exonération *partielle* du débiteur — un partage de responsabilité — lorsqu'elle est une des causes nécessaires du dommage, mais qu'une faute du débiteur en est également cause nécessaire.

B) Que devient l'obligation du débiteur s'il est établi que l'inexécution ne lui est pas imputable ?

a) *Principe : le débiteur est libéré*

Si l'obstacle à l'exécution est temporaire, l'obligation du débiteur est *suspendue*. Si l'obstacle à l'exécution est définitif, l'obligation du débiteur est éteinte (articles 1147 et 1148 du Code civil).

b) *Application à l'obligation de livrer un corps certain (article 1302 du Code civil)*

En vertu de l'article 1302, alinéa 2, du Code civil, celui qui doit livrer un corps certain est libéré par le cas fortuit tant qu'il n'a pas été mis en demeure (à contrario, il n'est pas libéré s'il doit livrer une chose de genre). L'alinéa 2 de l'article 1302 se présente comme une exception, mais il est en réalité une application logique de l'idée qui sous-tend la règle inscrite dans l'alinéa 1 : si le débiteur peut démontrer que la chose aurait été détruite même s'il l'avait remise au créancier, il est normal de décider qu'il est libéré.

C) La théorie des risques.

La théorie des risques répond à la question suivante : dans les contrats synallagmatiques, que devient l'obligation de l'autre partie lorsque le débiteur est libéré par cas fortuit (cas de force majeure) ?

a) *Solution de principe*

En vertu de l'interdépendance des obligations réciproques dans les contrats synallagmatiques, la libération du débiteur entraîne la libération de l'autre partie : selon les cas, l'obligation de cette dernière sera *suspendue* ou *éteinte*.

Dès lors, si le créancier a suspendu l'exécution de sa propre obligation en recourant au mécanisme de l'exceptio non adimpleti contractus (cf. supra, p. 95), son attitude sera légitimée par le juge : bien que l'inexécution du débiteur résultât d'un cas fortuit, le créancier pouvait suspendre sa propre obligation : le cas fortuit libératoire pour le débiteur entraîne une libération corrélative du cocontractant. Le mécanisme de l'exception d'inexécution peut donc jouer quelle que soit la cause de l'inexécution du débiteur : une faute ou un cas fortuit.

Il se peut aussi que l'inexécution du débiteur ait amené le créancier à rompre unilatéralement le contrat ou à demander cette rupture en justice.

Le fait que l'inexécution soit due à un cas fortuit constitue-t-il un élément nouveau pour le juge appelé soit à valider la rupture soit à la prononcer ? En d'autres termes, la mise en œuvre de la théorie des risques débouche-t-elle sur un mécanisme différent de la résolution (cf. supra, p. 96 et s., 105 et s. ? Pour l'essentiel, la situation se présente de manière analogue selon que l'inexécution du débiteur résulte de sa faute ou d'un cas fortuit : ou bien l'exécution est encore possible et le juge maintiendra le contrat en donnant, le cas échéant, un délai au débiteur pour s'exécuter ; ou bien l'exécution n'est plus possible et le juge entérinera ou prononcera la rupture du contrat. Mais la différence est que, en cas de faute, il y aura rupture aux torts du débiteur avec éventuellement des D.I. complémentaires, alors qu'en cas de force majeure, il y aura rupture, sans faute à charge du débiteur.

b) *Solution exceptionnelle dans les contrats translatifs de propriété*

En vertu de l'article 1138, alinéa 2, du Code civil, le transfert de propriété entraîne le transfert de la charge des risques (cas fortuits). C'est l'application de la règle latine : « res perit domino. »

L'acheteur d'une chose en devient propriétaire dès que cette chose est individualisée (article 1138, alinéa 1, du Code civil). Si par la suite, avant la livraison de la chose par le vendeur, celle-ci vient à disparaître par cas fortuit, le vendeur est libéré de son obligation de livrer. Mais la chose a péri au préjudice du propriétaire (res perit domino), c'est-à-dire de l'acheteur : celui-ci n'est donc pas libéré de son obligation de payer le prix.

La règle « res perit domino » signifie, de façon plus large, que les risques d'une chose sont à charge du propriétaire : si elle est détériorée (ou disparaît) suite à un cas fortuit (orage, tremblement de terre, etc ...), c'est le propriétaire qui supporte les coûts de la réparation.

En conséquence, si le vendeur s'est réservé la propriété de la chose jusqu'au paiement total du prix, il supporte, en principe, les risques de la chose tant qu'il en reste propriétaire. Pour éviter cette conséquence, la plupart des contrats informatiques stipulent que la chose sera aux risques de l'acheteur malgré la clause de réserve de propriété (102).

4) *Le débiteur peut-il demander la révision du contrat ?*

A) *Position du problème.*

Il peut arriver que des événements anormaux bouleversent l'économie d'un contrat sans que les conditions de la force majeure entendue au sens strict (comme elle l'est en Belgique et en France, mais non aux U.S.A.) soient réunies : l'événement n'était pas totalement imprévisible, ou bien l'exécution n'est pas impossible, mais elle est beaucoup plus onéreuse pour le débiteur.

Exemples :

- Suite à une guerre entre Israël et l'Égypte, le canal de Suez est fermé et les transporteurs maritimes doivent rejoindre l'Europe en faisant le tour de l'Afrique.
- Telle firme conclut avec telle autre un contrat pour la fourniture à tel prix de telle marchandise qu'elle se procure dans tel pays en voie de développement. Suite à une révolution dans ce pays ou à une guerre, le fournisseur ne peut plus s'y approvisionner et il doit le faire dans un autre pays où cela lui revient beaucoup plus cher.

Va-t-on, en pareils cas, appliquer le contrat tel qu'initialement prévu ? La théorie de l'imprévision est destinée à apporter une solution à ce genre de problème.

B) *La théorie de l'imprévision.*

En vertu de cette théorie, lorsque des événements anormaux, extraordinaires, ont déséquilibré les prestations réciproques dans un contrat, le juge peut réajuster le contrat ou même, le cas échéant, y mettre fin.

C) *La théorie de l'imprévision n'est pas reçue en droits belge et français.*

Faisant prévaloir la stabilité du contrat sur les considérations d'équité, les droits belge et français n'admettent pas que le juge s'immisce dans la loi des parties pour rééquilibrer les prestations.

(102) Cf. infra, Titre IV, Ch. VI, p. 334.

Cette solution résulte d'un choix que l'on peut juger sévère et contester, mais elle permet de souligner l'importance des clauses contractuelles qui prévoient un réajustement des prestations devenues déséquilibrées : clauses dites d'imprévision ou de « hardship ».

§ 2 : LES CLAUSES CONTRACTUELLES

Fréquemment, les contrats prévoient des clauses concernant les conséquences de l'inexécution des obligations de l'une ou l'autre partie. Comme ces clauses seront analysées en détail dans la suite du présent ouvrage, nous nous bornerons ici à proposer quelques brèves remarques de portée générale.

Article 1. — Le régime légal n'est pas entièrement supplétif

Le régime légal examiné ci-dessus (§ 1) joue à *titre supplétif*, c'est-à-dire lorsque les parties n'ont rien prévu dans leur contrat. Néanmoins, ce régime n'est pas totalement de nature supplétive : le contrat particulier peut certes déroger à de nombreuses règles, non à toutes ; dans un certain nombre de cas, l'autonomie des parties est donc limitée.

Voici quelques exemples significatifs.

— Il est en principe admis que le contrat puisse déroger à la règle selon laquelle le débiteur est responsable du dommage causé par sa faute. Il s'agit alors d'une *clause de non-responsabilité*. Toutefois, pareille clause n'est pas valide si elle aboutit à priver le contrat d'objet et elle ne sera pas appliquée si l'inexécution du débiteur résulte d'un dol, c'est-à-dire d'une volonté délibérée de ne pas s'exécuter dans le but de nuire au créancier (103). D'autre part, pareille clause est légalement écartée dans certains contrats spéciaux tels que le contrat de transport (Loi du 25 août 1891, articles 4 et 36).

— Plutôt que de laisser au juge le soin de fixer les dommages-intérêts dus pour inexécution fautive du débiteur, les parties peuvent, à l'avance et de façon forfaitaire, fixer le montant que devra payer le débiteur s'il ne s'exécute pas : on parle alors de *clause pénale*. Toutefois, cette clause n'est valable que pour autant qu'elle garde un caractère *indemnitaire*. Si son montant est supérieur à ce que pouvait être raisonnablement, à la conclusion du contrat, une indemnisation forfaitaire du dommage envisageable, elle joue un rôle *comminatoire* : elle sert à faire pression sur le débiteur pour le forcer à s'exécuter ; elle devient une sorte d'astreinte mise au point par les parties elles-mêmes. Or seule l'astreinte fixée par le juge est considérée comme légale.

(103) Voir infra, Titre IV, p. 296.

— A propos de l'astreinte, il semble (104) que la loi qui l'organise est impérative : c'est-à-dire que le créancier ne pourrait valablement renoncer, dans le contrat, à la faculté de demander au juge le prononcé d'une astreinte en même temps que l'exécution forcée du contrat.

— Les parties peuvent déroger au principe de la résolution judiciaire en prévoyant une clause résolutoire expresse en vertu de laquelle l'inexécution du débiteur entraîne de plein droit la rupture du contrat.

Cette clause présente un intérêt, malgré l'évolution jurisprudentielle (cf. supra, p. 97) qui admet la résiliation unilatérale décidée par le créancier : en effet, dans ce dernier cas, le juge vérifie si l'inexécution du débiteur a été suffisamment grave pour justifier une rupture. Par contre, si une clause résolutoire expresse est stipulée, le juge ne peut que vérifier l'existence de l'inexécution envisagée par la clause, mais non sa gravité (105).

Toutefois, cette clause résolutoire expresse est légalement prohibée dans certains types de contrat tels que le bail (article 1762 bis du Code civil) ou la vente à tempérament (sauf quelques exceptions ; cf. article 10 de la loi du 9 juillet 1957).

Article 2. — Le juge apprécie la signification et la qualification des clauses

Il a été signalé (cf. supra, p. 91) que l'autonomie des parties contractantes est très limitée en ce qui concerne la qualification du contrat. Il en va de même pour la qualification des clauses.

Le juge n'est pas lié par l'appellation donnée, dans le contrat, à telle ou telle clause, s'il apparaît qu'en raison de son contenu et de sa signification, cette clause mérite juridiquement un autre nom.

Ainsi, par exemple, le fait qu'une clause dite de dommages-intérêts soit qualifiée dans le contrat de clause indemnitaire ne pourrait empêcher le juge de vérifier, à la demande du débiteur, si cette clause n'a pas en réalité un caractère comminatoire.

Il convient, pour cette matière, de se référer à ce qui a été dit ci-dessus (cf. supra, p. 57) à propos de l'interprétation du contrat : le juge ne doit pas s'attacher au sens littéral des termes utilisés dans le contrat mais rechercher la commune intention des parties (article 1156 du Code civil) ; il doit donc s'attacher à la signification réelle des clauses et non à leur signification apparente.

(104) Cf. I. Moreau-Margrève, op. cit., 6.

(105) Voir infra, p. 303 et 424.

Article 3. — Les clauses contractuelles sont souvent à résonnances multiples

La tâche de celui qui cherche à dégager la signification véritable des clauses contractuelles est délicate non seulement en raison de leur rédaction parfois ambiguë ou imprécise, mais aussi parce qu'elles ont souvent de multiples résonnances.

Ces résonnances peuvent jouer à deux registres différents.

Premier registre : que vise la clause ? Un même article de contrat, parfois un même alinéa, peut contenir le règlement de plusieurs questions distinctes au point de vue juridique. Tel est le cas d'une clause pénale qui prévoit un plafond pour les indemnités, ce qui signifie qu'elle se prolonge en une clause de non-responsabilité, ou d'un même article qui vise à la fois la résiliation du contrat pour faute de l'utilisateur, c'est-à-dire la *rupture* décidée par le fournisseur, et la résiliation suite à un dédit de l'utilisateur, c'est-à-dire la renonciation décidée par celui-ci (cf. supra, p. 63).

Second registre : quelle est la portée de la clause par rapport au régime légal ? Certaines clauses sont *conformes* à ce régime : elles ne prévoient rien d'autre que ce qui résulterait, en cas de silence des parties, de la mise en œuvre des mécanismes légaux. D'autres clauses *dérogent* à la loi, prévoyant une solution différente de la solution légale. D'autres enfin, font les *deux choses à la fois* : c'est le cas, par exemple, des clauses dites de force majeure. En prévoyant que le débiteur n'est pas tenu en cas de force majeure, ces clauses ne font que se conformer à la règle légale. Mais en énumérant une série d'événements qui seront considérés entre parties comme cas de force majeure, elles s'écartent partiellement du régime légal, car certains de ces événements — la grève, par exemple — ne sont pas, en principe, considérés comme cas de force majeure (cf. supra, p. 113). Par rapport à ces événements, la clause dite de force majeure a, en définitive, la signification d'une clause de non-responsabilité : le débiteur dégage sa responsabilité dans des hypothèses où, selon le régime légal, on déciderait que l'inexécution lui est imputable.

SOUS-TITRE III
LES PROBLÈMES JURIDIQUES PARTICULIERS NÉS DE
LA MULTIPLICITÉ DES PRESTATAIRES

par Y. POULLET
(Facultés Universitaires de Namur)

Dans l'introduction aux principes juridiques généraux applicables aux contrats informatiques, nous avons signalé le fait qu'une opération d'informatisation peut faire intervenir une pluralité de prestataires, chacun prenant en charge une partie de l'opération.

Outre le schéma présenté supra (cf. p. 39) décrivant une situation extrême, on peut retenir d'autres schémas. Nous ne reprendrons ici que les prestations de base d'une opération d'informatisation, sans analyser les prestations connexes de financement, de conseil et de branchement sur réseau.

Schéma n° 1

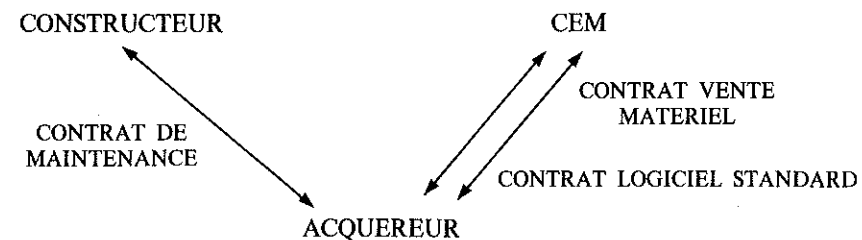


Schéma n° 2

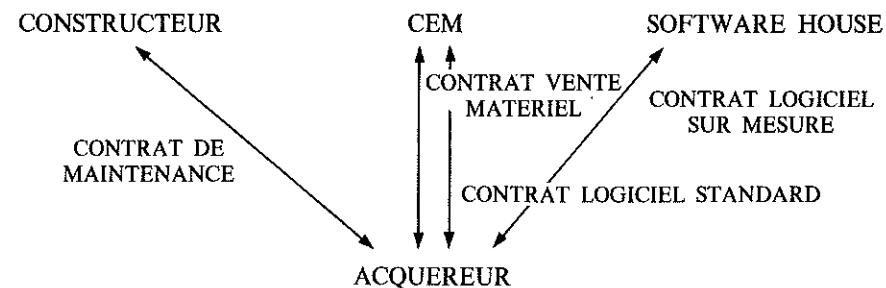


Schéma n° 3

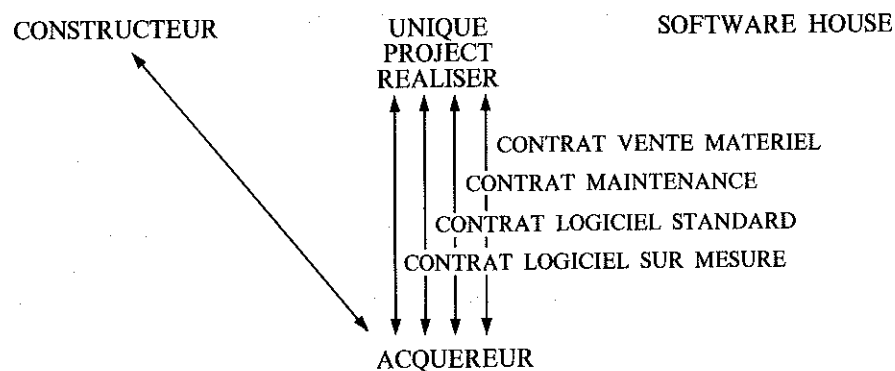
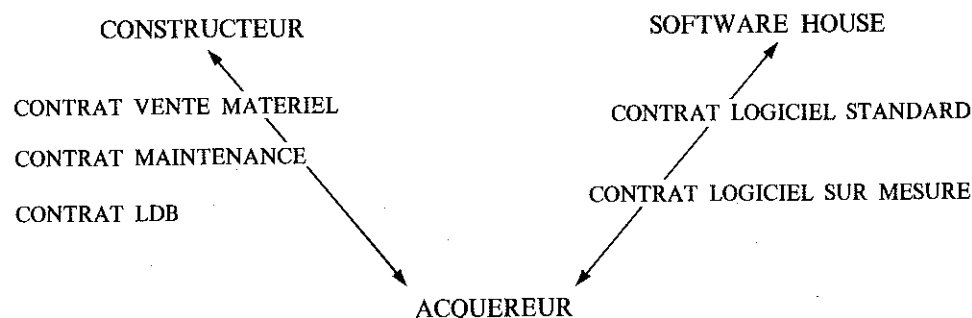


Schéma n° 4



Les situations nées de la pluralité de prestataires présentent des dangers. Combinant l'application des articles 1134 et 1165 du Code civil, chaque prestataire peut réclamer l'autonomie juridique complète de sa prestation et refuser toute interdépendance avec la vie des autres prestations (cf. supra, p. 46 et s.). Certes, la jurisprudence et la doctrine ont tenté par les théories de l'indivisibilité et de l'accessoire de remédier quelque peu aux dangers de telles solutions, mais les limites de ces remèdes ont été précisées et ne peuvent être d'un grand secours à l'utilisateur (cf. supra, p. 49 et s.). Celui-ci peut également, par diverses clauses (signature en commun du cahier des charges, utilisation de conditions suspensives et/ou résolutoires, etc. : cf. supra, p. 46 et s.), garantir une certaine interdépendance des contrats passés avec les différents prestataires.

Ces principes et correctifs rappelés, nous voudrions élargir le propos. Le fait que différents prestataires se trouvent mêlés à la réalisation d'une opération économique unique entraîne certaines conséquences, soit de soi, soit de par la nature particulière de la prestation assumée, soit enfin de par la structure contractuelle choisie.

Les schémas repris ci-dessus font apparaître en effet que les prestataires n'interviennent pas toujours en qualité de simple fournisseur. Dans le cas du schéma n° 2, l'unique « Project Realiser » a des tâches de loin supérieures à celle de simple fournisseur. Il joue le rôle de maître d'œuvre-ensemblier, contractant unique de l'utilisateur, ayant pour mission de déterminer la solution informatique globale et de coordonner l'activité des sous-traitants, fournisseurs des différents éléments de la solution.

Dans l'hypothèse de l'intervention d'un consultant, organisateur-conseil, en informatique, généralement une S.S.C.I., l'activité dudit conseil comme celle de l'ensemblier n'est pas à placer sur le même plan que celle des autres prestataires. Sous réserve des nuances que nécessite un examen plus approfondi du contrat de conseil (1), leur rôle équivaut à celui de l'ingénieur-conseil ou de l'architecte dans les opérations de construction. En effet, le consultant souscrit à des tâches d'ingénierie à savoir, « les prestations de caractère intellectuel consistant en la fourniture d'idées, de conceptions et de conseils, fondés sur une étude générale et une étude détaillée d'un projet, voire en des prestations d'études techniques, de surveillance et éventuellement de direction, en vue de la réalisation d'un projet industriel, à l'exclusion de toute fourniture de matériel, de tout octroi de licence, de toute cession de processus de fabrication » (2).

La comparaison naturelle des tâches, d'une part, et de l'unique projet réalisé de l'organisateur-conseil en informatique, d'autre part, de l'ensemblier en construction ou de l'ingénieur-conseil amène à une réflexion plus globale. L'opération d'informatisation peut faire intervenir différents prestataires dont le rôle et la responsabilité méritent d'être précisés en parallèle avec ceux joués par les différents personnages intervenant dans une opération de construction.

Certes, l'analogie n'est pas complète : la profession d'architecte en droit de la construction jouit d'un monopole légal, ce à quoi ne peuvent prétendre les S.S.C.I. ; le Code civil contient certaines dispositions relatives aux seules opérations de construction, en particulier l'article 1792 instaurant la responsabilité décennale in solidum des architectes et entrepreneurs pour les vices de construction. Néanmoins, la similitude des situations permet certains rapprochements.

(1) Cf. infra, Le contrat de conseil, en particulier la description modulaire de l'objet : Titre III, Chapitre 3, p. 193 et s.

(2) J. Hansenne, De l'engineering à la fourniture de complexes clés sur porte, in Les contrats d'engineering, C.D.V.A., 1964, 21 et 26.

Ainsi, dans la suite de l'exposé, on ne s'étonnera pas des fréquentes références faites à la doctrine et à la jurisprudence relatives au contrat de construction ; on ne s'étonnera pas non plus de l'emploi de qualifications classiquement admises en matière de construction telles maître de l'ouvrage, maître d'œuvre, ingénierie, etc.

CHAPITRE 1 : LES DIFFÉRENTES HYPOTHÈSES

L'analogie avec les opérations de construction permet de présenter comme suit les diverses situations nées de l'intervention d'une pluralité de prestataires dans une opération d'informatisation.

SECTION 1 Les hypothèses de contractant unique

Le futur utilisateur, le « maître de l'ouvrage », peut s'en tenir à des relations contractuelles avec un seul contractant, le maître d'œuvre, celui-ci étant libre de soustraire certaines prestations.



Dans ce cas, ce qui importe au futur utilisateur, c'est d'avoir un seul responsable : l'ensemblier maître d'œuvre prend en charge la mission de concevoir, de mettre sur pied et de réaliser l'opération d'informatisation. La pratique des contrats de construction industrielle a amené la doctrine et la jurisprudence à distinguer deux sous-hypothèses.

1ère sous-hypothèse :
soit l'utilisateur fait une confiance totale au maître d'œuvre, il se déclare d'emblée incapable de collaborer à la définition de la solution informatique adaptée à son entreprise, il se limite à fournir à l'ensemblier les données relatives à l'activité de son entreprise et attend de ce dernier qu'il appréhende exactement ses besoins et lui fournisse la solution la mieux adaptée aux besoins ainsi découverts, compte tenu éventuellement de

certaines contraintes budgétaires. C'est l'hypothèse du contrat « clé en mains » (3) : l'ensemblier « livre une installation dont les parties apprécieront le fonctionnement en procédant par la suite à des essais « à vide », voire l'hypothèse du contrat « produit en mains » où l'ingénieur devra assurer la mise en route effective de l'installation industrielle qui fonctionnera pendant une certaine durée, avant toute réception, sous la conduite du personnel du client. Celui-ci sera en mesure d'apprécier la conformité du produit aux desiderata exprimés et acceptés lors de la conclusion du contrat ».

2ème sous-hypothèse :

l'utilisateur collabore avec le fournisseur. Il désire lui-même contrôler la solution proposée, il définit ses besoins et remplit certaines tâches, notamment d'analyse fonctionnelle. Enfin, il discutera de l'avancement du projet informatique à chaque étape de son élaboration. C'est l'hypothèse dite d'immixtion du maître de l'ouvrage.

SECTION 2

Le triangle classique : « maître de l'ouvrage - entrepreneur(s) - maître d'œuvre »

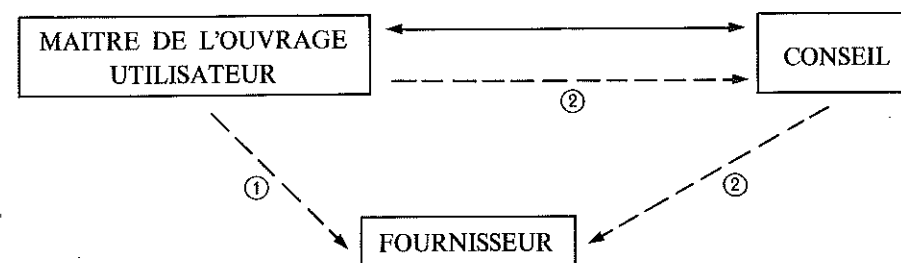
Le maître de l'ouvrage contracte avec différents prestataires. Ceux-ci ne sont cependant pas sur pied d'égalité. L'un a reçu pour mission d'élaborer la solution d'ensemble, de proposer voire de choisir les fournisseurs avec lesquels le contractant traitera directement ; il joue alors un rôle parallèle à celui de l'ingénieur-conseil ou architecte. « Empruntant à la construction sa terminologie, note Mme Laroche-Vidal, les auteurs, dans la plupart des opérations informatiques, sont le maître d'ouvrage (l'utilisateur), l'entrepreneur (le ou les fournisseurs) et le maître d'œuvre (la S.S.C.I., organisateur-conseil en informatique) » (4).

On distinguera ici également deux sous-hypothèses : le conseil peut se contenter de proposer les solutions optimales au maître de l'ouvrage, mais laisser à celui-ci le choix définitif et le soin de conclure lui-même le contrat avec le(s) fournisseur(s). Dans ce cas, il assistera éventuellement aux pourparlers contractuels à côté de l'utilisateur, mais la signature du contrat restera à l'utilisateur. Il peut, seconde sous-hypothèse, intervenir directement à la négociation du contrat avec le(s) fournisseur(s) retenu(s) et signer ce contrat au nom et pour le compte de l'utilisateur. Le conseil dispose alors d'un mandat à la conclusion du contrat.

(3) A. Brabant, Le contrat international de construction, Bruxelles, 1981, 73 ; Ph. Kahn, Typologie des contrats de transfert de technologie et développement, Actes du colloque de Dijon, Paris, 1977, 510 et s. ; M.T. Salem et M. Samson, Les contrats « clés en mains » et les « contrats produits en mains », Paris, 1979, 46 et s.

(4) C. Laroche-Vidal, Choisir un maître d'œuvre, O1 Mensuel, mai 1980, 97 et s.

Le schéma suivant reprend les deux sous-hypothèses.



SECTION 3

La pluralité d'entrepreneurs sur pied d'égalité

La dernière hypothèse envisage le cas du « maître de l'ouvrage » traitant avec différents partenaires chacun pour une prestation déterminée. Cette dernière hypothèse suppose, en principe, un utilisateur bien informé, capable de définir ses besoins et de coordonner les activités des différents prestataires vers la réalisation de la solution informatique adéquate.

L'introduction distinguait deux hypothèses :

- Celle où un maître d'oeuvre agissant pour son compte et coordonnant l'ensemble des contraintes techniques s'engage envers l'utilisateur, dit maître de l'ouvrage, à apporter une solution informatique globale, satisfaisant les besoins de l'utilisateur, sans que celui-ci intervienne dans la conception et la réalisation de l'ensemble. Cette situation est classiquement qualifiée de contrat « clé en mains ».
- Celle où le maître d'oeuvre unique doit tenir compte des avis et de la collaboration de l'utilisateur.

SECTION 1

Le contrat « clé en mains »

§ 1 : DÉFINITION, CRITÈRES ET OBLIGATIONS DU CONTRAT « CLÉ EN MAINS »

On caractérise comme suit le contrat « clé en mains » :

- Le contrat se signale par l'absence d'initiation du client utilisateur, non spécialiste.
- En principe, l'utilisateur ne traite pas directement avec les autres prestataires. Ce dernier point mérite d'être nuancé. La jurisprudence relative aux contrats de construction immobilière témoigne en effet de l'existence d'un large pouvoir d'interprétation du juge quant à la reconnaissance d'un contrat « clé en mains ». Ainsi, malgré l'existence d'instruments différents signés par le maître de l'ouvrage avec plusieurs entrepreneurs, la Cour de cassation (5) a estimé, à plusieurs reprises, que c'est un contrat « clé en mains » qui a été signé lorsque le prix stipulé globalement reste payable à un seul entrepreneur qui seul était signataire du procès-verbal de réception provisoire des travaux.
- L'obligation de l'ensemblier, seul contractant de l'utilisateur, porte, dit-on, sur un résultat global décrit fonctionnellement en termes de solution. Certes, une telle affirmation rejoint l'opinion classique. « L'obtention d'un résultat nous paraît répondre à l'intention commune des parties lorsque... l'entrepreneur est un spécialiste, cherchant et inspirant - souvent par sa publicité - la confiance des

(5) Cass., 5 mai 1970, Bull. civ., 1970, III, 226 ; Cass., 15 mai 1973, Bull. civ., 1973, III, 248. A ce propos, cf. Th. Hassler, Les contrats de constructions d'ensembles industriels, Thèse, Strasbourg, 1979, 89.

clients et se réservant l'entière initiative de la conception comme de l'exécution » (6). Elle mérite néanmoins d'être précisée.

Une décision du Tribunal de commerce de Paris du 4 mai 1981 (7) met clairement en évidence la nature de l'obligation souscrite par le fournisseur « clé en mains ». En l'occurrence, un utilisateur traite avec une S.S.C.I. pour l'acquisition d'une configuration devant répondre à ses besoins. La S.S.C.I. propose un contrat global. Par la suite, elle désire céder le contrat à un sous-traitant, chargé de la programmation d'un logiciel d'application sur mesure et demande à l'utilisateur le paiement direct de certaines factures adressées par ce sous-traitant à l'utilisateur. L'utilisateur refuse de traiter avec le sous-traitant et proteste contre les demandes de paiement qui, aux termes du contrat initial, devait être fait à la réception. Or, dit l'utilisateur, le matériel ne fonctionne pas et aucun accord sur la maintenance n'a été trouvé.

Le tribunal donne raison à l'utilisateur. Il dégage d'abord le critère de l'existence du contrat « clé en mains ». « Le fournisseur, dit-il, a passé un contrat pour la fourniture d'un mini-ordinateur avec un logiciel de base, le tout comprenant l'étude et l'analyse des problèmes, la livraison, l'installation du matériel, la formation du personnel utilisateur et la mise en route ». Il s'agit d'un contrat « clé en mains » d'autant plus que ce contrat est complété par un second contrat passé cette fois entre le fournisseur, maître d'oeuvre, et un sous-traitant concernant l'analyse, la programmation et la mise en place de logiciels sur mesure. Il ressort de l'ensemble de ces deux contrats que l'utilisateur et le fournisseur ont contracté une *obligation de bonne fin*, caractéristique d'un contrat « clé en mains ». Le tribunal précise que cette obligation consiste à livrer et à installer un système reconnu comme opérationnel dans l'entreprise cliente.

Qu'est-ce à dire et faut-il parler à ce propos d'obligation de résultat ? La réponse à la question doit être nuancée.

- 1° Il se peut que l'ensemblier s'engage à fournir un système doté de performances précises et déterminées (fiabilité du matériel, degré de formation du personnel, temps de réponse de l'ordinateur en fonction de certaines conditions d'utilisation, etc.). Il est évident que ces performances doivent être atteintes et qu'à défaut, la responsabilité du maître d'oeuvre sera engagée sauf à démontrer la faute de la victime ou la survenance d'un cas de force majeure. Il s'agit donc bien là d'une obligation de résultat.
- 2° Au-delà de ces spécifications fonctionnelles précises, le fournisseur est-il tenu d'une obligation de résultat et, si oui, de quel résultat pourrait-il s'agir ? Il semble qu'on

(6) M.A. et Ph. Flamme, Le contrat d'entreprise, Chron. citée, n° 35.

(7) Expertises, 1981, n° 31, 13.

puisse déduire de la décision célèbre Paudis c/ Logabax (8), l'obligation pour le fournisseur « clé en mains » de délivrer une installation « capable au moins de saisir les mêmes informations que celles traitées par l'ancienne installation ». Ainsi celui qui achète un outil informatique doit au moins pouvoir compter sur une efficacité supérieure de cet outil par rapport à un traitement manuel. Cette exigence de conformité fonctionnelle minimale peut être qualifiée d'obligation de résultat.

Mais au-delà de cette exigence, peut-on encore parler d'obligation de résultat ? Cela paraît difficile. En effet, l'utilisateur peut-il se plaindre qu'un de ses besoins n'est pas satisfait ? S'il l'a stipulé ou s'il a exigé qu'une garantie de performances précise soit donnée à ce propos, c'est évident, mais dans les autres cas ?

L'ingénieur ensemblier est tenu d'employer toutes les ressources de sa technique et de son art pour trouver et offrir une solution aux besoins de l'utilisateur dans les limites budgétaires définies de commun accord : « L'obligation, qui en ce cas, incombe à l'ingénieur, relève juridiquement de la catégorie des obligations de moyens : il est seulement tenu d'utiliser les meilleurs moyens possibles dans l'état des connaissances et de la technique, pour que l'usine (entendre : le système informatique) réalise les performances signalées au contrat. Sa responsabilité ne pourra, en conséquence, être recherchée que par la preuve, à la charge du client, d'une faute professionnelle » (9).

On insistera dès lors sur l'intérêt primordial que présente pour l'utilisateur la signature d'un cahier des charges précis engendrant à charge du fournisseur des obligations juridiques spécifiquement déterminées et donc de résultat.

§ 2 : LE PROBLÈME DES SOUS-TRAITANTS

La question de la responsabilité de l'ensemblier résolue, il reste à aborder la question de la responsabilité des sous-traitants, en particulier envers le maître de l'ouvrage. La question est importante. Nombre de petites S.S.C.I. ou d'O.E.M. se lancent dans le marché clé en mains. Leur surface financière peut être réduite et il est dès lors important que l'utilisateur dispose d'une action contre le sous-traitant. De même, pour prévenir l'échec, il est indispensable que, dans certains cas, l'utilisateur puisse intervenir directement auprès du sous-traitant pour obtenir la prestation souhaitée. Le peut-il juridiquement ?

(8) Paris, 4 mars 1980, Paudis c/ Logabax, Expertises, 1980, n° 17 ; cf. dans le même sens, de façon plus générale, Ph. Le Tourneau, Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels, R.T.D. Comm., 1980, n° 106.

(9) B. Teyssié, Les problèmes juridiques liés à l'intervention d'une Société d'ingénierie et à la multiplicité des participants à une vente d'usine en complet état de production, in Garanties de résultat et transfert de techniques, Montpellier, 1977, 144.

On peut résumer comme suit la situation des différentes parties : « A examiner la seule relation client-ingénieur, peu importe en principe que celui-ci ait eu recours aux services de sous-traitants. L'ingénieur est seul responsable à l'égard de l'acquéreur de l'usine. Il répond seul des fautes que ses sous-traitants ou fournisseurs ont pu commettre » (10).

Toutefois, à ce principe, deux atténuations peuvent être apportées.

Dans la mesure, en premier lieu, où la non-obtention des performances est imputable à la carence d'un matériel livré ou d'un montage effectué par un sous-traitant imposé par le client à l'ingénieur, il est permis d'admettre un allègement de la responsabilité de celui-ci. Il se peut que l'ingénieur ait formellement obtenu du client l'exclusion ou la limitation de sa responsabilité au titre des activités des sous-traitants qu'il n'a pas eu la liberté de choisir (11). Un argument en ce sens peut être trouvé dans la jurisprudence qui réduit la responsabilité du locataire vis-à-vis du bailleur au titre des dommages causés à celui-ci par suite des agissements d'un sous-locataire que le bailleur avait agréé, parfois même choisi.

Il est admis, en second lieu, que le client dispose d'une action directe en responsabilité contre le sous-traitant auquel une faute particulière peut être reprochée. La responsabilité ici recherchée est de nature délictuelle ou quasi-délictuelle (12). Une action en responsabilité contractuelle ne saurait être, en principe, admise puisque aucun contrat n'unit directement l'utilisateur au sous-traitant. Celui-ci est un tiers à l'égard du contrat de vente du système. Les dispositions de cet accord lui sont inopposables (13).

Néanmoins, certaines exceptions doivent être retenues. Ainsi, l'action contractuelle en garantie des vices cachés ou d'éviction (14) dont disposait le fournisseur principal contre les sous-traitants (15) se transmet à l'utilisateur comme accessoire de la chose vendue ou louée (16).

(10) Cass., 29 mai 1963, Gaz. Pal., 1963, 2, 290.

(11) Cf. Guide pour la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels, Nations-Unies, 1973, 4, n° 7.

(12) Cass., 18 avril 1972, Bull. civ., 1972, III, 167, n° 233.

(13) B. Teyssié, op. cit., 14 ; cf. en outre Th. Hassler, op. cit., 260 et s.

(14) Articles 1626 et s. (garantie d'éviction) ; Articles 1641 et s. (garantie des vices cachés).

(15) ... pour autant que le contrat clé en mains soit analysé comme un contrat de vente ou de location. A ce propos, cf. P. et Y. Pouillet, Les contrats informatiques — dix ans de jurisprudence, J.T., 1982, n° 5194, p. 1.

(16) J.C. Duray, Examen de jurisprudence concernant la responsabilité civile, R.T.D. civ., 1980, 355 ; A. Limpens-Meinertzhagen, note sous Cass., 7 décembre 1973, Entr. et Droit, 1975, 181 et s.

SECTION 2 L'immixtion du maître de l'ouvrage

La seconde hypothèse se distingue de la première par le fait que le maître de l'ouvrage s'immisce (17) dans l'élaboration du projet informatique. Il s'agit d'une réelle immixtion et non d'une simple participation aux travaux du maître d'oeuvre : le futur utilisateur entend intervenir dans la définition de ses besoins ; éventuellement, il modifiera le planning de réalisation ; il prend lui-même la décision de retenir tel ou tel fournisseur ; il effectue lui-même certains travaux (18). Dans l'hypothèse d'une telle immixtion et sauf à démontrer que le client était notoirement incompetent (19), il nous semble que la responsabilité du maître d'oeuvre doit être singulièrement amoindrie (20).

Une décision du Tribunal de commerce de Paris du 18 mai 1981 (21) applique ce principe. Un utilisateur conclut avec une S.S.C.I. différents contrats « pour le démarrage clé en mains d'un système X comprenant 2 unités de disques de 23 millions d'unités chacune, d'une imprimante de 200 lignes/minute et de deux écrans ». Suite à ces « contrats », l'utilisateur commande du matériel choisi par lui-même auprès d'un gros fournisseur.

A trois mois de la date de livraison prévue, suite à l'avis d'un tiers, l'utilisateur modifie ses exigences. Cette modification sans grande conséquence pour le fournisseur nécessite une réécriture complète des programmes de la S.S.C.I. qui s'y refuse. Suite à ce refus, l'utilisateur demande une résiliation de l'ensemble des contrats. Il se plaint du fait que les performances du système proposé se sont révélées totalement inadaptées aux besoins de l'entreprise.

Le tribunal rejette la prétention de l'utilisateur. Des motifs, on retiendra principalement celui fondé sur le fait que, par son attitude, l'utilisateur, qui avait déjà l'expérience d'applications informatiques, a participé à la définition du système, a lui-même

(17) Cf. à ce propos le raisonnement en matière de contrat de construction clé en mains développé par Y. Hannequart, La responsabilité de l'architecte face aux immixtions du maître de l'ouvrage et face aux promoteurs, note sous Cass., 21 septembre 1979, R.C.J.B., 1982, 499, n° 23 et s. ; de façon générale, G. Valentin, Les contrats de sous-traitance, Thèse, Montpellier, 1979, 212 et s.

(18) Comp. en matière de construction immobilière, les situations semblables évoquées par Y. Hannequart, op. cit., 499.

(19) Le raisonnement dégagé, à ce propos, par la Cour de cassation française (Cass., 31 janvier 1969, J.C.P., 1969, II, 15937, note Liet-Veaux) à propos des architectes et de leur responsabilité peut être repris ici. En principe, le maître de l'ouvrage recourt à une S.S.C.I., maître d'oeuvre en informatique, parce qu'il se sent profane.

(20) Au propos, M. Vanwijck-Alexandre, L'aménagement du rôle et de la responsabilité des architectes en raison de l'intervention croissante des spécialistes dans la construction, note sous Cass., 3 mars 1978, R.C.J.B., 1982, 176 et les nombreuses références reprises au droit français (cf. également Y. Hannequart, op. cit.).

(21) Expertises, 1981, n° 34, 21.

choisi le matériel et posé certaines exigences quant aux performances de l'ensemble. La solution proposée par la S.S.C.I. au regard de ce choix et de ces exigences était objectivement valable. « Rien toutefois, note le tribunal, ne permet de présumer que cette solution était mauvaise. Sur le plan technique proprement dit, il s'agit d'une application en mode conversationnel plus élaborée et plus moderne que le traitement différé avec emploi de disquettes. Tout au plus peut-on constater que chacun des modes de traitement a ses avantages et ses inconvénients ». Ainsi, l'utilisateur ne peut-il s'en prendre qu'à lui-même de ne pas avoir respecté les choix initialement proposés.

L'intervention d'un conseiller suscite de nombreuses questions qu'il importe de préciser :

- 1° la nature juridique du contrat de conseil ;
- 2° les obligations du conseiller et la responsabilité qui en découle ;
- 3° la responsabilité subsidiaire du ou des entrepreneurs. A ce propos, on distinguera les deux hypothèses évoquées ci-dessus à savoir :
 - celle où le conseiller intervient comme mandataire à la conclusion des contrats passés avec le ou les entrepreneurs retenus ;
 - celle où le conseiller se contente de désigner le ou les fournisseurs, mais n'intervient pas dans la négociation ou n'intervient qu'en simple auxiliaire.

Ces différentes considérations doivent être complétées par l'analyse du contrat-type d'organisation-conseil qui sera proposé dans la suite de cet ouvrage et qui exposera l'éventail des prestations susceptibles d'être confiées à un consultant. Notre propos, à ce stade de l'exposé, se veut plus général.

SECTION 1

Nature juridique du contrat de conseil

L'objet d'un contrat de consultance peut varier suivant les différentes étapes de la période précontractuelle qu'il entend couvrir. Il peut intervenir dès le départ et disposer d'une mission globale allant de l'étude de faisabilité au contrôle de la réception du système. Il peut se limiter à une seule étape. Enfin, le contrat de consultance peut se doubler d'un contrat de logiciel sur mesure dans la mesure où le consultant, au terme de la phase préparatoire, prend en charge l'écriture des programmes spécifiques à la firme cliente (22).

La nature du contrat de consultance ou de conseil en informatique nous apparaît

(22) C'était l'hypothèse de la décision du Tribunal de commerce de Charleroi du 18 décembre 1981 (J.T., 1983, 291, obs. Y. Poullet et Ph. Ullmann).

devoir être rattachée à celle d'un *contrat d'entreprise* (23), même si ce contrat d'entreprise peut se doubler de contrats particuliers de mandat, tel celui de conclure un contrat avec tel ou tel fournisseur (24).

SECTION 2

Les obligations du conseiller en informatique et la responsabilité qui en découle

§ 1 : LES OBLIGATIONS DU CONSEILLER EN INFORMATIQUE

Quelles sont les obligations du conseiller en informatique ? Il ne peut, comme un simple fournisseur, se contenter d'écouter les besoins exprimés par l'utilisateur, mais doit, suivant le critère de la « diligence due » (25), s'informer exactement et complètement des éléments de faits qui commandent l'avis à fournir.

Le consultant assume la pleine responsabilité de leur traduction technique lors de l'analyse fonctionnelle et de la rédaction du cahier des charges qui doivent être élaborées selon les règles de l'art (26).

La mission du maître d'oeuvre est comparable à celle d'un architecte. Il joue le rôle d'un ensemblier (27). Ceci dit, il importe de ne pas appliquer automatiquement à une S.S.C.I., maître d'oeuvre, les solutions dégagées par la doctrine et la jurisprudence à propos des obligations de l'architecte. En effet, certaines de ces obligations sont fondées sur le monopole légal de la profession d'architecte et le caractère obligatoire du recours à son intervention. Cette précaution prise, on peut néanmoins tirer de la doctrine et jurisprudence relatives aux contrats d'architecte certains enseignements. Il revient en principe (28) à la S.S.C.I., maître d'oeuvre, comme à l'architecte la tâche

(23) ... et non à un contrat de « vente de services ». Dans la décision citée à la note précédente, le tribunal qualifie le contrat global d'organisation-conseil comprenant des prestations à la fois de consultance et de programmation sur mesure, comme contrat de « vente de services », faisant sienne la théorie de R. Savatier (La vente des services, D. 1971, Chron., p. 231). Cette théorie est dictée par le souci de protection de l'acquéreur, celui-ci pouvant bénéficier des garanties attribuées explicitement par le Code civil à l'acheteur (en particulier, la garantie des vices cachés, imposée au vendeur professionnel : cf. infra, p. 263 et s.).

En faveur de la qualification contrat d'entreprise : G. Viney, La responsabilité des entreprises prestataires de conseils, J.C.P., 1975, I, 2750, n° 3 ; B. Grelon, Les entreprises de services, Paris, 1978, 28.

(24) Cf. infra, p. 141.

(25) Sur ce critère, cf. supra, p. 87.

(26) Sur ce critère, cf. supra, p. 71, et infra, p. 139.

(27) Sur ce point, M. Vanwijck-Alexandre, op. cit., n° 6.

(28) P. Rigaux, L'architecte, le droit de la profession, Bruxelles, 1975, n° 374.

de concevoir un système conforme à la destination de l'ouvrage et respectant les exigences légales et réglementaires (29).

Certes, l'entreprise demanderesse doit collaborer avec le consultant pour assurer l'exacte définition de ses besoins : elle est, par exemple, responsable de l'exactitude des données de fait relatives à sa propre activité et fournies au consultant ; elle est également responsable d'une mauvaise évaluation des besoins futurs de son entreprise et de l'analyse d'opportunité, c'est-à-dire de l'appréciation de la rentabilité du système ou des applications informatiques à mettre en oeuvre. Le consultant lui fournira, pour ce faire, les données techniques de base indispensables à ce calcul (par exemple : prix, capacité, possibilité d'extension du ou des systèmes), mais il ne peut se substituer à l'entreprise demanderesse dans les décisions relatives à l'organisation de celle-ci.

Lorsque le contrat de conseil s'étend également à une aide au choix du système informatique — hypothèse de l'affaire soumise au Tribunal de commerce de Charleroi le 18 février 1981 (30) — le consultant a l'obligation de s'enquérir de l'état du marché. Dans sa décision inédite du 24 avril 1981, le Tribunal de commerce de Bruxelles retient à juste titre la responsabilité du conseiller qui s'est insuffisamment renseigné sur la solution informatique apportée ailleurs à des problèmes de gestion comparables à ceux de son client. En outre, si, en matière de solution informatique, tout choix comporte une part d'aléa, « cette part doit être appréciée d'après les lumières de sa technique. Son obligation consiste donc à faire, aussi exactement que le permet cette technique, une évaluation des possibilités entre lesquelles il conseillera de choisir » (31).

En outre, le conseil a l'« obligation d'informer le client des particularités des méthodes ou types de constructions (lire : systèmes informatiques) choisies, des inconvénients (même) mineurs liés aux caractéristiques des matériaux ou techniques utilisés... » (32).

Les obligations qui pèsent sur le conseiller en informatique sont-elles de moyens ou de résultat ? En d'autres termes l'utilisateur non content du conseil donné, en l'occurrence de la solution informatique retenue, a-t-il ou non la charge de la preuve de la faute du conseiller ? Le Tribunal de commerce de Charleroi dans la décision précitée retient en l'espèce la qualification d'obligation de résultat, mais il se fonde pour ce faire

(29) Ce point peut être important dans les pays qui connaissent une réglementation de l'informatique imposant certaines normes de sécurité, exigeant des possibilités d'accès immédiat à certains types de données, etc.

(30) Citée supra, p. 132, note 22.

(31) R. Savatier, Les contrats de conseil professionnel en droit privé, D., 1972, 150. Ainsi, à notre avis, on ne peut reprocher en soi à un conseiller d'avoir proposé à son client une solution informatique nouvelle, non encore expérimentée, pour autant que ce choix soit techniquement raisonnable.

(32) Y. Hannequart, op. cit., 495 ; Ph. Flamme, Le devoir de surveillance de l'architecte et de conseil à l'égard du maître de l'ouvrage, Entr. et Droit, 1980, 40 et s.

sur les termes mêmes de l'engagement de la S.S.C.I., laquelle « a pris l'entière responsabilité de la configuration choisie ». Ainsi, quant à l'exactitude du conseil, le contrat de conseil n'engendre pas de soi une obligation de résultat (33), mais une obligation de moyens (34). Le conseil doit avoir mis la diligence normale à s'informer exactement des éléments de droit et de fait commandant les avis à fournir puis à y faire application de la technique qu'il représente. Souvent la nomination d'un expert par le juge facilitera à l'utilisateur la charge de prouver que le conseiller n'a pas agi suivant les règles de l'art.

§ 2 : LA RESPONSABILITÉ DU CONSEILLER EN INFORMATIQUE

La responsabilité du conseiller doit s'établir suivant les principes de la responsabilité contractuelle. Elle suppose une faute contractuelle et l'existence d'un dommage direct et prévisible. Ces deux points sont successivement analysés.

Article 1. — La faute du conseil

Elle peut consister soit en la carence, soit en la mauvaise qualité du conseil. La faute s'appréciera suivant la « diligence due » par le conseiller (35) comme nous l'avons déjà noté.

Le critère de la « diligence due » est, comme le note Savatier (36), d'une pragmatique souple. Le juge l'appréciera d'après les circonstances du conseil, son urgence, sa rémunération, l'autorité morale du conseiller, voire l'absence totale de renseignements dans le chef du client. La première décision sanctionnant le devoir de conseil en matière de contrat informatique date du 7 février 1980 (37).

Une petite entreprise déjà en pourparlers avec un constructeur fait appel à une

(33) Par contre, d'autres obligations peuvent être de résultat, ainsi celles de rendre le conseil convenu pour une date déterminée, celles de respecter certaines contraintes de prix (à ce propos, G. Viney, op. cit., n° 21 et s. ; R. Savatier, op. cit., p. 137, n° 9 ; Lyon, 23 décembre 1969, J.C.P., 1970, II, 16.557 ; M.A. et Ph. Flamme, Le contrat d'entreprise, Chronique de jurisprudence, J.T., 1976, n° 33).

(34) On ne peut suivre le Tribunal de commerce de Bruxelles lorsque, dans sa décision du 18 avril 1981, il se contente de noter : « Il résulte clairement de l'exécution de la convention que les interventions de la (S.S.C.I.) devaient permettre à l'utilisateur d'acquiescer un ordinateur répondant aux besoins du laboratoire de façon à en assurer une meilleure exploitation ; il s'agit là manifestement d'une obligation de résultat dans le chef de la (S.S.C.I.) ; ... ».

La suite du jugement dément d'ailleurs cette assertion puisque le juge s'attarde longuement à démontrer la faute du conseiller qui s'est insuffisamment renseigné sur l'état du marché et disposait d'informations obsolètes.

(35) J.L. Fagnart, « Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile » (1968-1975), J.T., 1976, n° 50, note la sévérité croissante des tribunaux quant à l'appréciation de cette diligence.

(36) R. Savatier, op. cit., n° 32.

(37) Paris, 7 février 1980, Prévost c/ Scofi, Expertises, 1980, n° 20, 2 et s.

société de conseils. Elle loue un système informatique permettant de traiter toutes les opérations en « conversationnel ». Ce système ne permet pas à l'entreprise de faire face à ses besoins. Le conseiller rejette toute responsabilité. Il a été appelé en cours de discussion, précisément lors d'une modification de la commande prévue (38). La cour refuse cet argument : « La faute de la société de conseils est d'autant plus caractérisée que les défauts du système retenu étaient aisément décelables pour un professionnel de l'informatique ».

L'analyse du critère de la diligence due est déterminante pour l'imputation de la faute. Ainsi, il ne peut y avoir carence du conseil si le client, ou plutôt l'expert, n'établit pas que le conseil lui était dû dans le champ d'activité où son client lui demandait de le guider. Dans la décision précitée, la Cour prend soin de relever : « Il appartenait à la société de conseils, en sa qualité de professionnel, d'appeler formellement l'attention de l'utilisateur sur les difficultés que représentait le système ainsi modifié ». On peut donc estimer de façon plus générale qu'il appartient au conseiller (la société de conseils ou le fournisseur qui a assumé une obligation contractuelle de conseils) de prévenir le client des conséquences dommageables qui peuvent survenir du choix de tel ou de tel système et, à la limite, de refuser l'automatisation si elle est contre-indiquée étant donné le volume des affaires traitées, la situation organisationnelle du client, etc.

De même, le « conseil » doit avoir mis la diligence normale (39) à s'informer adéquatement des éléments de droit et de fait commandant les avis à fournir, puis à y faire exactement application de la technique qu'il représente (40). C'est dans ce double sens qu'on exige l'exactitude du conseil. « Elle doit s'apprécier au moment où le conseil est donné et d'après des informations aussi récentes que le veut celui-ci » (41). « Le conseiller commet une faute professionnelle en proposant un équipement trop puissant et inutilement coûteux aussi bien qu'en proposant un équipement insuffisant » (42). En outre, si la mise en place d'un système informatique comprend toujours une

(38) Il s'agit du passage d'un traitement en deux temps à un traitement en « conversationnel ». Le constructeur avait recommandé le premier système.

(39) La doctrine parle d'obligation de moyens (G. Viney, op. cit., J.C.P., 1975, II, 2750 ; R. Savatier, op. cit., D., 1972, 137, n° 9, etc.). Dans la jurisprudence, même affirmation à propos des contrats de conseil en organisation d'entreprise : Lyon, 23 décembre 1969, J.C.P., 1970, II, 16557. La décision apparemment contraire du Tribunal de commerce de Courtrai (15 janvier 1970, R.W., 1969-70, col., 1487) s'explique par les circonstances particulières du contrat (sur ce point, L. Simont et J. De Gavre, Les obligations, Chron. de jurisp., R.C.J.B., 1977, 333, n° 200 ; M.A. Flamme, Chron. citée, n° 33).

(40) Paris, 10 juillet 1980, C.H.B. c/ Le Boule, Expertises, 1980, n° 22, 8. Le cas est intéressant. Il s'agissait en l'occurrence d'un contrat passé entre un grand constructeur et une petite S.S.C.I. Cf. à propos de la responsabilité d'une agence de renseignements commerciaux pour prise insuffisante d'informations, Lyon, 27 octobre 1971, J.C.P., 1972, n° 17012, note Savatier.

(41) R. Savatier, op. cit., n° 34. Une application intéressante du principe de la mise à jour est faite à propos des conseillers en brevets : B. Van Reepinghen, « Quelques réflexions sur la responsabilité en matière de recherches d'antériorités de marques », J.T., 1974, 40 et s.

(42) Paris, 15 mai 1975, Soripa c/ Logabax, J.C.P., 1976, II, 18265, où il s'agissait d'un vendeur-conseiller.

possibilité de choix et certains risques, le conseil, suivant les règles de l'art propre à sa technique (43), se doit d'évaluer chacune des possibilités et les risques y attachés. Ainsi, la société de conseils verrait sa responsabilité engagée si, compte tenu des risques qu'elle a fait prendre au client, elle devait savoir, en tant que professionnel, qu'ils étaient supérieurs aux avantages que le client pouvait en tirer (44).

Article 2. — Le dommage et le lien de causalité

Nous avons déjà insisté sur le fait que le conseil ne supprime pas la liberté de choix dans le chef de l'utilisateur. Dans quelle mesure dès lors tenir le conseiller pour responsable de son conseil ou de l'absence de son conseil ? Savatier propose à cet égard la règle suivante : « Plus le sens du conseil et de son objet correspondait à une nécessité pour celui-ci et plus aisément le juge y verra la cause de l'acte ou de l'abstention du client » (45).

Il est évident que le rapport causal sera plus facile à établir lorsque l'obligation de conseil est contractuelle. Le contrat de conseil informatique a été conclu précisément parce qu'il représentait une nécessité pour le client profane. Reste à savoir le dommage dont le conseil sera responsable. Dans l'affaire Prevost c/ Scofi (46), outre évidemment les sommes payées à la société de conseil, l'utilisateur a obtenu remboursement des sommes versées au constructeur pour la location du système conseillé et un dédommagement pour les frais internes à l'entreprise consentis dans l'espoir d'une mise au point du système.

On aurait pu éventuellement y ajouter la perte de chances de conclure ailleurs un

(43) « La méthode d'appréciation est toujours celle appliquée à la faute professionnelle : les juges recherchent, à l'aide d'expertises, si le défendeur a fait preuve d'une diligence et d'une compétence normales eu égard à l'état actuel des sciences de gestion, s'il a respecté les normes et les usages de la profession et s'il a rendu un service de qualité comparable à celle que le client pouvait normalement attendre d'un professionnel de sa catégorie ».

« Pour les autres branches de l'ingénierie (génie civil, bâtiment et industrie) les mêmes principes paraissent applicables. Les conditions générales Syntec soumettent en effet les entreprises qui pratiquent ces activités à l'obligation d'exécuter leur mission, « suivant les règles de l'art ».

« Cette formule constitue en effet une référence au critère ordinaire de la faute professionnelle. Pour vérifier l'exécution par le défendeur de ses obligations, le juge doit donc examiner s'il s'est conformé aux règles et usages de la profession et s'il a fait preuve, dans sa spécialité, d'une compétence normale et moyenne correspondant au service que le client pouvait attendre ».

« On peut ajouter que le conseil doit toujours être fondé sur une étude préalable suffisamment complète et approfondie, qu'il doit être explicite, ne négliger aucune des questions posées par l'entreprise cliente et tenir compte de tous ses intérêts » (G. Viney, op. cit., n° 23).

(44) Dans l'affaire Soripa-Logabax citée, il n'a pas été reproché à Logabax d'avoir tenu compte de l'extension de l'entreprise. Cf. la décision déjà citée : Lyon, 27 octobre 1971, où le juge note : « (l'agence de renseignements) devait à tout le moins informer son client de son incertitude ».

(45) R. Savatier, op. cit., n° 38 ; cf. G. Viney, op. cit., n° 24 in fine.

(46) Paris, 7 février 1980, Prevost c/ Scofi, Expertises, 1980, n° 20, 2 et s.

bon contrat.

Lorsque le conseiller est en même temps le fournisseur d'un élément de la solution, il nous apparaît que la meilleure réparation de la faute dans le contrat de conseil devrait pouvoir consister en la résolution de la vente.

§ 3 : LE PARTAGE DES RESPONSABILITÉS ENTRE L'UTILISATEUR, LE CONSULTANT ET LE FOURNISSEUR DANS LE CHOIX D'UNE SOLUTION INFORMATIQUE

Il arrive souvent que le maître d'oeuvre fasse appel à l'un ou l'autre spécialiste pour la réalisation de telle partie du projet, de tel ou tel programme. Ainsi, la S.S.C.I., maître d'oeuvre, peut-elle se référer à un spécialiste des questions de sécurité pour concevoir les techniques de protection du système et confier à une autre S.S.C.I., l'écriture d'un programme d'application spécifique aux besoins de l'entreprise. Enfin, elle peut retenir le matériel de tel ou tel fournisseur.

Le fait de recourir ainsi à des spécialistes pour des tâches spécifiques et à des fournisseurs entraîne-t-il une complète irresponsabilité du maître d'oeuvre à propos des travaux de ces derniers (47) ?

A l'inverse, le fait pour un fournisseur de procurer la solution proposée par un conseil n'entraîne-t-il pas une irresponsabilité complète de celui-là quant à l'adéquation de la solution proposée ?

Ces deux questions doivent être examinées successivement.

Article 1. — La responsabilité du maître d'oeuvre ou conseiller

A ce propos, l'enseignement de notre Cour de cassation (48) est clair : encore qu'une convention d'irresponsabilité ne puisse jamais aboutir à un désengagement total du maître d'oeuvre, « il reste toujours responsable du choix du technicien consulté et des erreurs commises par ce technicien lorsque ses connaissances professionnelles lui permettaient de les découvrir » (49).

Ainsi le choix du technicien ou du fournisseur reste de la responsabilité du maître

(47) Il semble en effet qu'il existe alors une indivisibilité subjective (cf. supra, p. 49 et s).

(48) Cass., 3 mars 1978, R.C.J.B., 1982, 176.

(49) M. Vanwijck-Alexandre, op. cit., 193, en particulier la note 45.

d'oeuvre, même si formellement la désignation de celui-ci a eu lieu par l'utilisateur (50). « Il doit toujours être examiné si le choix du technicien consulté par l'architecte était, de notoriété publique, un bon choix » (51). En outre, le maître d'oeuvre est responsable des erreurs commises par le technicien dans la mesure où il était capable de les déceler.

Enfin, en tant que coordonnateur, il reste responsable de l'intégration de l'ensemble des travaux particuliers. En d'autres termes, il assume une garantie de compatibilité des différents éléments du système (52).

Article 2. — La responsabilité du ou des fournisseurs

Ces précisions données sur l'ampleur de la responsabilité du consultant, le fournisseur peut-il encore se voir imputer une partie de la responsabilité dans le choix du système informatique ? La doctrine (53) et la jurisprudence (54) françaises laissaient sous-entendre qu'en cas d'intervention d'un consultant, la responsabilité du fournisseur était sensiblement atténuée mais non éteinte. La décision du tribunal carolorégien confirme cet enseignement.

Premièrement, les juges notent que le fournisseur *n'a à connaître que le cahier des charges*, mais ils ne l'exonèrent pas pour autant de toute responsabilité dans le choix de l'ordinateur.

En effet, ce n'est que dans la mesure où le cahier des charges n'imposait pas la multiprogrammation plutôt que la monoprogrammation, que la responsabilité du fournisseur n'est pas retenue. Ainsi, le fournisseur reste responsable s'il ne propose pas un *matériel conforme aux exigences du cahier des charges*. Certes, en principe, le consultant est le premier responsable de cette non conformité : c'est à lui, en tant que professionnel, de déceler, suivant les règles de l'art, que le système proposé par le fournisseur ne répond pas aux exigences du cahier des charges, mais cette responsabilité du consul-

(50) Une exception est à noter : l'hypothèse où l'utilisateur, le maître de l'ouvrage est également compétent mais même dans ce cas, resterait à charge du maître d'oeuvre, une obligation de mise en garde pour des choix inopportuns.

(51) M. Vanwijck-Alexandre, op. cit., 195 ; Cf. également Y. Hannequart, op. cit., 496.

(52) Comme le dit M. Hannequart, « L'architecte s'appliquera spécialement à détecter les erreurs consistant dans un manque de compatibilité entre les solutions choisies par d'autres et la conception originale, qui est son oeuvre propre. Si le développement des spécialisations empêche en effet qu'il entre dans la mise en oeuvre de chacune des techniques particulières et a fortiori se livre à des opérations de vérifications proprement dites des calculs ou de répétition d'études diverses, sa formation générale le rend dans une large mesure apte à discerner les avantages et les inconvénients inhérents aux différents procédés, aux diverses méthodes et solutions choisies, ainsi qu'à connaître les réactivités favorables ou défavorables des diverses techniques les unes par rapport aux autres » (Ent. et Droit, 1980, p. 114).

(53) M. Boitard et J.C. Dubarry, note sous Paris, 15 mai 1975, J.C.P., 1976, II, 18265.

(54) Paris, 3 avril 1979, déjà cité, et Paris, 15 mai 1975, déjà cité.

tant n'efface pas la responsabilité du fournisseur.

Secondement, les juges carolorégiens ajoutent à ce premier devoir du fournisseur un devoir corollaire : le fournisseur se doit de donner au consultant et à l'utilisateur toute information et tout renseignement sur le système proposé, mais ce devoir de renseignement est moins étendu que le devoir de renseignements, déjà étudié, du fournisseur vis-à-vis de l'utilisateur non spécialiste et non assisté d'un conseil. Le consultant est précisément un expert et, comme le notent les juges, il « avait non seulement l'obligation de vérifier les éléments et informations lui communiqués mais devait également solliciter les informations complémentaires jugées opportunes et même tester les appareils proposés (dans la mesure où il connaissait mal les possibilités), aux fins de pouvoir juger efficacement de leur adéquation éventuelle aux besoins et exigences de l'utilisateur ». Les juges soulignent même que, « sauf le cas d'erreur invincible non alléguée en l'espèce (55), l'obligation de contrôle s'imposant impérativement à l'organisateur-conseil spécialisé en informatique devait permettre à ce dernier de découvrir d'éventuelles erreurs ou omissions dans les informations communiquées par le fabricant de sorte que de telles erreurs, lacunes, omissions, ambiguïtés ne sauraient en soi engager la responsabilité de leur auteur (le fournisseur) » (56).

Ainsi, le consultant a l'obligation de contrôler l'offre du fournisseur. Il ne peut, en cas de doute ou d'ambiguïté, se contenter de la documentation et des informations du fournisseur. Si le fournisseur peut voir sa responsabilité engagée vis-à-vis de l'utilisateur pour délivrance d'un matériel non conforme aux exigences du cahier des charges, le consultant ne peut s'exonérer de sa propre responsabilité en arguant de la mauvaise ou de l'insuffisante information donnée par le fournisseur, sauf dol de ce dernier ou erreur invincible du consultant.

La décision inédite du Tribunal de Bruxelles du 21 avril 1981 permet de clôturer ces quelques réflexions sur le partage des responsabilités. En l'espèce, l'utilisateur, outre l'action menée contre le conseiller, avait également assigné le fournisseur pour responsabilité dans le choix de la solution informatique. La responsabilité de ce dernier est retenue au motif que le fournisseur a le devoir, en présence d'un cahier des charges incomplet, insuffisant, ambigu, voire contradictoire, de le signaler à l'utilisateur avec lequel il conclut le contrat et en toute hypothèse de

(55) Par exemple, le fournisseur n'aurait pas mentionné que le matériel fourni était un matériel sous licence pour lequel il ne pouvait garantir la maintenance au-delà d'un certain délai.

(56) Dans la décision annotée, il s'agissait de l'action en responsabilité menée par le conseiller contre le fournisseur. Le principe eût été le même, à notre avis, si l'action en responsabilité avait été menée directement par l'utilisateur. En effet, l'utilisateur étant conseillé, le fournisseur n'a pas vis-à-vis de lui un devoir de renseignements plus étendu que celui décrit. En outre, l'existence du conseil rendra difficile voire impossible la preuve du lien de causalité entre l'éventuelle faute du fournisseur et le dommage de l'utilisateur résultant du mauvais choix.

réclamer des informations complémentaires au consultant.

On retrouve ici l'obligation, déjà dégagée par la jurisprudence à propos du partage des responsabilités entre fournisseur et utilisateur (57), de procéder à une étude sérieuse et préalable des documents remis par le conseiller.

Dans l'espèce tranchée par le tribunal carolorégien, la question d'une éventuelle responsabilité du fournisseur pour lecture insuffisante des documents remis par le conseiller n'a pas été posée. Elle ne devait pas l'être, l'utilisateur n'ayant invoqué que la responsabilité du consultant. Or, le consultant n'étant ni ensemblier, contractant unique, ni mandataire à la conclusion du contrat, l'utilisateur, contractant du fournisseur, aurait pu invoquer directement la responsabilité de celui-ci. Cette action directe contre le fournisseur cumulée avec une action contre le conseiller présente un incontestable intérêt, la solvabilité du constructeur s'ajoutant à la solvabilité parfois plus douteuse du conseiller. On peut donc s'étonner du fait que l'utilisateur n'ait songé à invoquer la responsabilité que du seul consultant, laissant à celui-ci le soin d'appeler en garantie le fournisseur.

Lorsque le maître d'oeuvre et non l'utilisateur lui-même conclut le contrat avec le ou les fournisseurs, agissant non à titre d'ensemblier (hypothèse du chapitre 1), mais à titre de mandataire de l'utilisateur, la responsabilité du fournisseur vis-à-vis de l'utilisateur diminue encore. En effet, l'obligation du fournisseur d'informer et de renseigner l'utilisateur, distincte de l'obligation d'informer et de renseigner le conseil, disparaît.

(57) Cf. supra, p. 138 et s.

CHAPITRE 4 : L'INTERVENTION DES DIFFÉRENTS FOURNISSEURS SANS ENSEMBLIER

Il se peut enfin que les différents fournisseurs se présentent sur pied d'égalité, chacun traitant séparément avec le maître de l'ouvrage et aucun n'ayant reçu une mission générale. Même dans l'hypothèse où chacun s'exonère complètement de sa responsabilité pour les travaux d'autrui, la jurisprudence met à sa charge une obligation de « contrôle réciproque des fautes ». Ainsi, en matière de construction, a-t-on, à plusieurs reprises, jugé qu'un simple exécutant avait le devoir de dénoncer les fautes de conceptions qui normalement n'auraient pas dû lui échapper (58).

En particulier, le juge pourra, nonobstant la prétendue égalité des différents fournisseurs, considérer que l'un d'eux est le « chef de file » et, dès lors, supporte une obligation générale de surveillance et de contrôle. A ce titre, il peut être tenu in solidum avec le « responsable principal » (59).

Par ailleurs, lorsqu'une faute commune leur est reprochée ou s'il est impossible de déterminer la part prise par chacun dans le dommage supporté par le client, les membres du consortium sont responsables in solidum à l'égard de ce dernier.

Un autre biais a été, parfois, utilisé afin de permettre la condamnation solidaire des membres du groupe : celui de la société de fait (60) ; mais il est rare que les éléments d'une telle société soient, en la circonstance, réunis (61).

Enfin, il se peut que, nonobstant l'existence de différents contrats, le juge estime qu'il y ait « indivisibilité » des conventions et que l'échec de l'une d'elles puisse entraîner la résolution ou résiliation de l'ensemble des autres. Nous avons relevé préalablement (cf. supra, p. 49 et s.) les critères de l'indivisibilité et conclu à la rareté de son prononcé.

En conclusion, il faut insister sur l'importance que l'utilisateur doit accorder à la structure de ces relations contractuelles. Le choix de tel schéma plutôt que de tel autre

(58) Cass., 9 avril 1970, Pas., 1970, I, 677 ; Brux. 21 janvier 1969, Entr. et Droit, 1969, 219, note M.A. Flamme ; M. Vanwijck-Alexandre, op. cit., 215, en particulier note 153.

(59) G. Viney, La responsabilité des entreprises prestataires de conseils, J.C.P., 1975, I, 2750, n° 43 ; B. Teyssié, Les problèmes juridiques..., op. cit., 144.

(60) Cass., 19 octobre 1959, D., 1960, 205, note R. Savatier ; R.T.D. Comm., 1960, 395, obs. R. Horion ; J.C.P., 1960, II, 11.432, note M. De Juglart.

(61) En ce qui concerne les recours des entrepreneurs entre eux, lire B. Boubli, La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs, Paris, 1979, 295 et les nombreuses références.

parmi ceux présentés dans l'introduction peut être déterminant.

Suivant les formules proposées, l'utilisateur pourra plus ou moins compter sur l'obtention de solutions réellement adaptées à ces besoins. Ainsi, le contrat « clé en main » présente-t-il une solution plus sûre juridiquement pour l'utilisateur inexpérimenté. Il convient toutefois de souligner le fait que cette sécurité juridique s'accorde parfois mal avec d'autres types de sécurité : l'utilisateur peut préférer à la sécurité juridique que peuvent lui offrir des conseillers ou des fournisseurs, la sécurité technique, financière et de stabilité que certaines petites S.S.C.I. peuvent plus difficilement lui offrir.

Il ne peut donc être question de préconiser une solution idéale. Simplement, il était nécessaire d'attirer l'attention sur un problème délicat rarement aperçu comme tel.