

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les documents de la période préparatoire

Poullet, Yves

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 1983, Les documents de la période préparatoire: leur valeur juridique. dans *Le droit des "contrats informatiques"*. Précis de la Faculté de Droit de Namur, numéro 4, Larcier , Bruxelles, pp. 157-192.

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.

CHAPITRE 2: LES DOCUMENTS DE LA PÉRIODE PRÉPARATOIRE. LEUR VALEUR JURIDIQUE

par Yves POULLET
(Facultés Universitaires de Namur)

PRELIMINAIRE

L'importance de la phase précontractuelle

La complexité des questions qui se posent lors de l'informatisation d'une entreprise comme lors des contrats d'ingénierie explique l'amas de documents qui précèdent la décision de contracter.

De nombreuses réunions, parfois menées avec différents fournisseurs, et une correspondance nourrie permettent de dessiner progressivement la solution informatique qui sera retenue. Même lorsqu'il y a un cahier des charges, les différentes caractéristiques de la solution à apporter aux propositions du cahier seront discutées, ainsi, notamment, la capacité mémoire, les spécifications fonctionnelles de tel logiciel d'application, le nombre de terminaux.

Notre étude porte sur cette période d'approche où chacune des parties, sans s'engager irrévocablement, manifeste de l'intérêt à une éventuelle conclusion du contrat. La période précontractuelle, comme celle des fiançailles, se construit à travers de multiples lettres par lesquelles les deux parties apprennent à se connaître et construisent leur projet commun. S'il faut souhaiter que ces lettres contribuent et conduisent à l'union parfaite, ce n'est pas toujours le cas. Soit le projet de mariage échoue (échec des pourparlers), soit le mariage se forme sur des bases peu saines ou mal définies (malformation du contrat ou difficultés d'interprétation du contrat). Dans ces deux hypothèses, on conçoit aisément toute l'importance de ces lettres. Elles permettront tantôt d'établir à qui incombe la responsabilité de cet échec, de cette malformation (5), tantôt elles justifieront l'interprétation du contrat (6).

(5) Ainsi dans l'affaire Arnault c/Olivetti (Paris, 2 fév. 1978, Jurisdata 0049) où les juges, ayant constaté que le matériel ne correspondait pas aux besoins de l'acquéreur, recherchent, dans l'échange de correspondance si de tels besoins ont été exprimés. Cf. également SPNT Bateaux-Mouche c/N.C.R. (Paris, 21 mars 1979, Jurisdata 0299) où les juges déduisent de la correspondance l'absence d'engagement précis du fournisseur du matériel à l'égard d'un logiciel réclamé par l'utilisateur.

(6) « Considérant que la commune intention des parties est à dégager non seulement des contrats, mais également des lettres qui les ont précédés et suivis, les uns rapportant des engagements du fournisseur, les autres, les exigences de l'utilisateur approuvées par le fournisseur, qu'il ressort de ces divers documents que le respect d'un calendrier de rigueur était une condition déterminante du contrat ».

La définition de la faute ayant été précisée ci-dessus, il reste à déterminer le dommage réparable.

A priori, on peut songer aux dommages suivants :

1° Les *frais* (devis, projets, déplacements, etc.) exposés par les parties le sont en principe à leurs risques et périls. Pour certains types de travaux pour lesquels des études préalables et coûteuses sont nécessaires, la doctrine (13) estime qu'il est normal d'exiger un dédommagement forfaitaire minimal. En outre, les parties peuvent convenir du remboursement des frais d'études et de négociation si le contrat n'aboutit pas (cf. infra, p. 183).

Hormis ces hypothèses, les frais consentis ne pourront pas être remboursés. Ils doivent être prévus et englobés dans les frais généraux. Seuls, certains frais (engagement de personnel spécialement nécessaire pour la réussite de la négociation largement entamée (14)), pourront être remboursés. Rappelons à ce sujet le devoir de prudence qui s'impose aux parties et qui ne leur permettra pas dès lors de réclamer des frais engagés par leur naïveté ou leur imprudence (15).

2° La *perte de temps* subie à cause des négociations de même que les *occasions perdues de contracter ailleurs* pourront être remboursées dans le seul cas où la partie lésée démontre que cette perte de temps ou d'occasions a été effectivement causée par la faute de l'autre partie.

En effet, la conduite de négociations avec un fournisseur n'empêche pas la conduite de négociations parallèles, sauf : si la négociation avec l'autre partie exclut expressément des négociations parallèles (cf. infra, l'étude de la clause dite d'exclusivité), si elle est à ce point avancée que des négociations parallèles seraient fautives et enfin si, par son attitude, une partie a laissé croire au succès des négociations (16).

En toute hypothèse, il restera à démontrer par la partie qui subit la rupture qu'elle bénéficiait d'ailleurs d'une offre ferme qu'elle aurait acceptée (17).

3° *L'impossibilité d'exécuter une convention* conclue avec un tiers sur la base du

(13) M.A. et Ph. Flamme, Le contrat d'entreprise, Chronique de jurisprudence et de doctrine 1966-1975, J.T., 1976.

Pour un cas d'application : Trib. civ. Namur, 14 avril 1978, R.R.D., 1978, 586 (à propos d'un architecte).

(14) ... ou la réalisation de programmes spécifiques aux besoins du client et à sa demande. Comp. sur ce point, Cass., 3 octobre 1972, Bull. civ., III, 359, n° 491.

(15) Cf. sur cette conclusion, notamm. J. Schmidt, La faute précontractuelle, R.T.D. civ., 1974, 53.

(16) Sur tout cela, M. Vanwijck-Alexandre, op. cit., n° 10.

(17) Le demandeur ne peut obtenir dédommagement qu'en cas de perte de chance définitive et non simplement éventuelle (R.O. Dalcq, La responsabilité, Nouvelles, T. V, 2°, n° 260).

projet de contrat. On discute ici de l'hypothèse où l'une des parties, souvent l'utilisateur (18), dans la perspective de l'informatisation rapide et réussie de son entreprise, conclut avec autrui certains contrats directement liés à l'informatisation de son entreprise (ex. : l'entreprise aurait conclu des contrats de service-bureaux mettant à la disposition de tiers son système informatique), ou indirectement liés dans la mesure où l'utilisateur espérait des gains de productivité de l'entreprise (conclusion de nouveaux contrats avec des tiers dans la perspective prochaine d'une amélioration de production par l'informatisation).

Il est évident qu'on reprochera au plaignant, soit son imprudence à traiter trop vite avec des tiers, soit, tout au moins, de ne pas avoir assorti son engagement envers le tiers d'une condition suspensive, à savoir la conclusion et la réussite du contrat informatique. Ce n'est donc que dans des cas de faute caractérisée dans le chef de l'auteur de la rupture qu'on pourra retenir sa responsabilité pour ce troisième chef.

4° La *perte des avantages escomptés* du contrat.

« On ne réparera pas non plus la perte des avantages qui devaient résulter du contrat projeté, toujours pour la même raison : les pourparlers n'ont pas pour effet de faire naître dans le chef des parties un droit au contrat. Indemniser le manque à gagner reviendrait indirectement à rendre obligatoire la convention en discussion » (19).

Ces principes généraux relatifs à la faute et au dommage doivent être *modalisés* suivant l'état d'avancement de la négociation.

Plus la négociation est proche du but, plus la rupture des pourparlers peut facilement présenter un caractère fautif et plus le dommage consécutif à réparer sera important.

(18) Ce pourrait être également le fournisseur qui aurait déjà contracté avec un sous-traitant par exemple pour l'acquisition de terminaux.

(19) M. Vanwijck-Alexandre, op. cit., 33.

SECTION 2
Les documents de la période précontractuelle
Analyse de leur portée juridique (20)

INTRODUCTION

Les documents de la période précontractuelle ont été classés dans deux catégories : la première comprend les documents qualifiés de « généraux ». Par document « général », on entend un document intervenant au cours des négociations et dont l'objet ne se rapporte pas de façon spécifique à une prestation déterminée de la période précontractuelle (§ 1). Par opposition, la seconde catégorie regroupe les documents « spécifiques ». Il s'agit de documents qui contiennent un engagement sur une prestation précise de la période précontractuelle (§ 2).

En ce qui concerne la présentation des documents généraux, nous avons cherché à suivre dans la mesure du possible l'ordre chronologique de leur émission au cours des pourparlers.

Pour chaque type de documents, le plan suivant sera retenu :

- 1) énoncé de la clause (avec variantes possibles) ;
- 2) objet ;
- 3) portée et valeur juridiques ;
- 4) conseils éventuels.

§ 1 : LES DOCUMENTS GÉNÉRAUX

Article 1. — Lettres d'intention initiales

- 1) *Exemples* (cf. également la lettre d'intention présentée en annexe, infra, p. 191)

Énoncé n° 1

L'utilisateur reçoit la visite d'un fournisseur. Suite à cette visite, il lui écrit : « Après examen des documents que vous nous avez communiqués et suite aux différents entretiens que vous avez eus avec notre ingénieur, nous vous informons de notre intention de discuter avec vous de l'éventuelle commande de différents matériels informatiques ... Pour la bonne règle, nous tenons à stipuler que la présente ne nous engage aucunement ».

(20) Pour un exposé plus approfondi, nous renvoyons le lecteur à l'article de M. Fontaine, *Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux*, D.P.C.I., 1977, 76 à 117. Nous avons repris de cet article certaines clauses et adapté d'autres à la matière des « contrats informatiques ».

Énoncé n° 2

L'utilisateur écrit à différents fournisseurs pour une première entrevue : « Nous avons l'intention d'acquérir un système informatique pour l'automatisation de la production de différents produits de notre entreprise. Connaissant votre expérience en ce domaine, nous serions intéressés à rencontrer vos ingénieurs au lieu et date de votre convenance ... ».

Énoncé n° 3

Envoi du cahier des charges par l'utilisateur à différents fournisseurs.

Énoncé n° 4 (lettre dite « de prise de rang »)

Variante a)

« Lettre d'intention.

Suite aux développements de nos applications et compte tenu des délais de livraison, nous vous faisons part de *notre intention* de commander la configuration suivante :

un ordinateur ; modèle ; comprenant Mégabytes et canaux, ainsi que sa console et son unité de refroidissement.

Nous souhaitons une livraison dans le courant du 1^{er} trimestre 1984.

Une étude détaillée de nos besoins sera entamée prochainement et les conclusions seront remises à notre Direction pour approbation, au plus tard, le 30 septembre 1982.

Nous vous prions d'agréer, Messieurs, l'expression de nos sentiments distingués ».

Variante b)

« Monsieur,

Nous vous renvoyons, en annexe, les contrats relatifs à ... Cette commande est passée en vue de nous placer en *ordre utile* pour obtenir un délai raisonnable.

Toutefois, elle pourrait être modifiée et même supprimée dans le cas où le délai ne nous donnerait pas satisfaction.

— Veuillez agréer, Monsieur, l'expression de mes sentiments les meilleurs ».

2) *Objet*

La lettre d'intention initiale constitue une reconnaissance claire de l'entrée en pourparlers (énoncé n° 1) ou une invitation ferme à négocier (énoncés n° 2 et 3). Elle peut enfin avoir un objet précis : la mise en rang de l'utilisateur potentiel dans la liste des commandes prises en considération par le fournisseur. Dans tous les cas, elle permettra aux négociateurs des entreprises entrées en pourparlers de renseigner leurs directions respectives sur l'avancement des travaux (21).

(21) Voire de faire pression sur elles (cas de la variante a) de l'énoncé n° 4).

3) Conséquences — Portée

En soi, les pures lettres d'intention n'ont aucune valeur juridique (cf. les énoncés n° 1 et 2) et ne peuvent en aucune manière faciliter la preuve d'une faute en cas de rupture des négociations. La remise par l'utilisateur d'un *cahier des charges*, même précis, ne peut être considérée comme entraînant pour ce dernier l'obligation de conclure le contrat avec celui qui l'accepterait. En effet, le cahier des charges règle rarement toutes les caractéristiques de l'objet du contrat. Ensuite et surtout, dans le chef de celui qui le rédige, le cahier des charges est d'abord et avant tout envisagé comme une base plus ou moins précise de discussion : il ne peut être considéré que comme tel. Sa portée est dès lors de constituer une preuve importante de son intention originaire qui pourra servir à l'interprétation du contrat (22).

Enfin, les variantes a) et b) de l'énoncé n° 4 doivent retenir l'attention. Ces lettres de prise de rang entraînent une obligation pour le fournisseur, celle de maintenir dans le rang l'utilisateur pendant toute la durée des négociations commencées ou envisagées. Entraînent-elles des obligations dans le chef de l'utilisateur ? Le texte des lettres donnerait à le penser. La variante a), après avoir affirmé qu'il s'agissait d'une pure intention de commander, parle du souhait d'une livraison (problème d'exécution d'un contrat qui est à l'état de pur projet) à telle date et d'une approbation prochaine des conclusions de l'étude des besoins. La variante b) est encore plus ambiguë. On y parle de commande qui ne pourrait être modifiée ou supprimée que dans le cas où le délai ne donnerait pas satisfaction. Il est évident qu'étant donné le contexte (début des pourparlers, rédaction unilatérale de ces lettres dites d'intention), le juge refusera d'accorder une signification aussi contraignante à ces lettres et leur assignera leur véritable portée, c'est-à-dire celle de pures lettres de prise de rang. On ne peut cependant que conseiller à l'utilisateur de lever toute ambiguïté sur la réelle portée de ces lettres. En particulier, l'utilisateur refusera les clauses qui pourraient faire croire à une force obligatoire de la lettre : l'utilisateur, à ce stade, ne peut garantir que le sérieux des négociations qu'il entame ou pourrait entamer.

Article 2. — Rapports de discussion

1) Objet

Suite à une rencontre entre les parties, celles-ci — ou plus souvent l'une d'elles (désignée éventuellement dans l'accord-cadre : cf. infra, article 3) (23) — peuvent être

(22) Sous réserve de ce qui sera dit plus loin à propos du sort des documents précontractuels dans le contrat : cf. infra, p. 184 et s.

(23) La désignation du rédacteur des rapports de discussion peut également être l'objet d'un document spécifique fixant à la fois la composition de l'équipe des négociateurs et leur rôle.

chargées de faire la synthèse de la discussion.

Ces rapports de discussion, dans la mesure où ils ont été élaborés unilatéralement, peuvent être envoyés à l'autre partie pour approbation.

2) Conséquences - Portée

— Les rapports de discussion sont, en principe, une simple *relation des faits*. Sauf exception, ils ne contiennent pas d'engagements précis. Dans la mesure où un tel accord serait rapporté, il ne deviendra accord-cadre ou accord intermédiaire qu'à la condition que le rapport ait été expressément accepté sur ce point précis (cf. infra, article 4, p. 168).

— La liberté de preuve étant admise en matière commerciale, le juge peut trouver dans le rapport de discussion des éléments de preuve, soit concernant le contenu du contrat (par ex. l'acceptation par le fournisseur d'une spécification fonctionnelle à remplir par le logiciel à fournir), soit d'une faute d'une des parties dans la période précontractuelle (par ex. le fait que l'utilisateur n'ait pas attiré l'attention sur la nécessité d'une multiprogrammation, ou le fait que le fournisseur se soit abstenu de révéler telle contrainte du matériel fourni).

— Dans la mesure où le rapport de discussion est établi unilatéralement et n'est pas accepté, il ne peut faire preuve en faveur de celui qui a établi ce rapport (par ex. le fournisseur ayant reçu un rapport de discussion renvoie copie de celui-ci en affirmant que ce rapport constitue la version des faits de l'utilisateur). Par contre, s'il a fait l'objet d'une approbation même implicite et pour autant que le rapport insiste sur le point précis en litige (ex. : la multiprogrammation) et que le destinataire ait été invité à réagir au rapport, il fait preuve de son contenu.

— Enfin, face à un non-expert, les rapports de discussion ne peuvent valoir que dans la mesure où ils sont compréhensibles. « L'accord du client ne vaut agrégation que sur les points que ce dernier peut raisonnablement comprendre, eu égard à ses compétences et connaissances » (24).

3) Conseils

Les difficultés de prouver l'approbation du rapport de discussion peuvent-elles être facilement résolues ? Il faut soit prévoir la rédaction des rapports en commun

(24) Cette disposition, rappelée expressément par le contrat de conseil en informatique (cf. infra, J.J. Evrard et E. de Cannart, Le contrat de conseil en informatique), est applicable à tous les documents de la période précontractuelle.

(par ex. à la fin de la discussion), soit, dans le rapport envoyé, ajouter une clause suivant laquelle à défaut de réponse dans tel délai, le silence sera considéré comme une acceptation, soit commencer la réunion suivante par un accord sur le rapport de discussion de la réunion précédente.

Article 3. — Accords-cadre

1) *Énoncé*

« This will confirm that *subject to the negotiation* and execution of contracts satisfactory to you and to us :

1. We intend to retain you to do all work required for the design, engineering and construction of a software to help the management of our firm (specially ...). The scope and content of this work will be more fully defined in an engineering description of scope currently in preparation, which will result in a firm bid price from you to us with an alternate of cost of work plus a schedule of fees. The work will encompass the following :

.....

9. In the event that we for any reason fail to enter into a contract or contracts with you covering the design, engineering and construction of the software, we nevertheless agree to reimburse both of you all reasonable costs incurred by you in design and engineering work performed by you at our request and with our approval until such time as we notify you in writing to terminate all such work. Such reasonable costs shall include all-of-pocket costs incurred on account of such work plus a reasonable amount, to be mutually agreed upon, covering your overhead properly allocable to such out-of-pocket costs and in addition the costs of settling any contract obligations for the purchase of equipment which shall have been placed by either of you, prior to such termination, with our knowledge and approval, provided, however, that we shall have the right to approve or, in the alternative, negotiate as principal any such settlements.

(Ce point 9 constitue une clause de remboursement de frais : cf. infra, documents spécifiques).

10. Any controversy or claim involving the interpretation or application of paragraphs 3 to 9 inclusive shall be settled by arbitration in accordance with the rules, then obtaining, of the American Arbitration Association and judgment upon the award rendered may be entered in any court having jurisdiction thereof.

It is understood that all of the foregoing paragraphs numbered 1 to 10 inclusive shall become legally operative only in the event that we execute contracts covering the design, engineering and construction of the software. It is our present thinking that all of foregoing provisions would be incorporated into such contract or contracts with such revisions or amplifications as may seem appropriate and that this letter would thus be superseded.

If the foregoing is acceptable to you on this basis please so indicate by signing the enclosed copy of this letter where indicated below and return it to us ».

(Ce point 10 constitue une clause d'arbitrage : cf. infra, documents spécifiques).

2) *Objet*

L'accord-cadre officialise les négociations. Il envisage de façon générale l'objectif global du contrat (traduire : les grandes lignes de l'analyse fonctionnelle) et reprend souvent certains accords relatifs à des aspects spéciaux de la négociation (cf. infra, les documents spécifiques) tels que durée de la négociation, clause d'arbitrage, clause de remboursement des frais, etc.

L'accord-cadre est généralement une condition posée par le fournisseur comme préalable à l'engagement des frais d'études.

3) *Valeur juridique*

L'accord-cadre précise et *aggrave le droit de bonne foi* des parties dans la suite de la négociation (25).

Il n'oblige en aucune manière les parties à conclure ni même à conclure sur base des objectifs préliminairement visés, mais il procure à chacune des parties une preuve de la mauvaise foi de l'autre dans des cas exceptionnels : par exemple, le fournisseur signe l'accord-cadre tout en sachant qu'il ne dispose pas de la solution au problème de l'entreprise ; par exemple, l'utilisateur sur le point de conclure un contrat avec un autre fournisseur, signe cependant cet accord-cadre.

(25) D. Lamèthe, L'accord-cadre, G.P., 1978, 2, Doctrine, p. 365.

Article 4. — Accords intermédiaires

1) *Objet*

A tout moment des pourparlers, les parties, au cours des négociations ultérieures se mettent d'accord sur un point précis : par exemple, la capacité-mémoire de l'ordinateur central à fournir.

Cet accord intermédiaire peut être constaté dans un rapport de discussion approuvé par les deux parties (26), dans un échange de correspondance ou dans un document spécifique.

L'accord intermédiaire formalise donc une étape de la négociation dans la perspective de l'aboutissement des négociations.

2) *Conséquences — Portée juridique*

Il ne s'agit pas d'un contrat complet et définitif, mais d'un accord engendrant l'obligation pour les parties de ne plus remettre en cause unilatéralement le point convenu. Un tel contrat est conclu sous la condition suspensive de l'accord final (27).

Toutefois, un accord intermédiaire peut être modifié bilatéralement si, au cours des discussions ultérieures sur d'autres points de la négociation générale, il s'avère que l'objet de l'accord intermédiaire doit être modifié. Ainsi, dans l'exemple choisi, la capacité de mémoire retenue peut être augmentée ou diminuée.

En cas de conclusion du contrat définitif et en l'absence de modifications bilatérales, le contrat devra respecter l'accord intermédiaire.

En toute hypothèse, il procure des moyens de preuve en faveur de la partie lésée.

Quid en cas de modification unilatérale de l'accord intermédiaire en cours de négociations ?

Il est possible d'envisager la responsabilité contractuelle, mais les dommages, conséquence directe de la non-exécution de l'accord intermédiaire, seront difficiles à estimer à ce stade de la négociation.

(26) Cf. supra, p. 165.

(27) A. Rieg, La « Punctuation », contribution à l'étude de la formation successive du contrat, Mélanges Jauffret, 600. En jurisprudence, cf. le vieil arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 février 1927 (D.P., 1928, 2, 158).

Par contre, il y a manifestement faute entraînant responsabilité délictuelle sur base de l'article 1382 du Code civil. Dans ce cas, la partie lésée pourra faire valoir l'ensemble du préjudice résultant pour elle de la rupture des négociations dans la mesure décrite supra, p. 159.

Article 5. — Protocole d'accord

1) *Enoncés*

Variante a) (non relative à un contrat informatique).

« The purpose of the *letter of intent* is to outline the objectives and the general conditions to be met and mutually agreed in regard to the possible supply and sale of...

Chemical Company from its..., U.S.A., reserves to...

The following points were discussed at our earlier meeting in Paris and are displayed here for *agreement and acceptance*.

a. Quantity

... net tons per year, commencing in late 1977.

b. Quality

...

c. Term

Supply to continue for fifteen (15) years or the economical life of the mine whichever first occurs.

d. Price

The intent is to use the world market price, as established by the... Export Association or... published international Price List, less a discount of... percent (... %) as the maximum price to...

Price would be subject to change each ninety (90) days. A minimum or floor price would also be established which would be the actual cost incurred for producing... during the first year's experience established to be in... plus twenty percent (20 %) return on the investment before taxes. This established floor price would be subject to escalation or de-escalation from that first year forward.

In the event this floor price should be required, it would be firm for one (1) year and escalation in accordance with the actual cost escalations for the year would be added to this price.

In the event of mine expansion and ensuing lower-per-unit fixed costs, the floor price could de-escalate to that degree.

e. Conditions

As a general condition to... agreement to foregoing, ... would be required to make a prepayment to... by July, ... secured by a purchase agreement acknowledged and guaranteed by...

This prepayment will be deducted over a seven (7) year period in equal annual amounts as... is delivered under the supply agreement.

The prepayment will be... million.

This letter is not intended as a contract, but merely as a statement of the present intentions and understandings of the parties. The transactions would be binding upon the parties only in accordance with terms contained in a contract to sell ; and if, as and when such contract has been executed pursuant to the approval of the respective Boards of Directors.

If you agree with the foregoing, please indicate by signing and returning two copies of this letter. In the event you fail to accept this letter by Juli 1, 1974, the proposal set forth in this letter shall be deemed null and void.»
(Exemple extrait de D.P.C.I., 1976, 502).

Variante b) : Protocole d'accord sous réserve de l'instrumentum contractuel à rédiger

Comparer : Acceptation d'une offre sous réserve de derniers détails à régler : cf. infra, p. 179 (acceptation d'une offre sous réserve d'un instrumentum à rédiger).

Une société écrit à une autre « pour confirmer les agréables entretiens... au cours desquels ont été négociées diverses conventions » dont l'énumération est rappelée. La lettre poursuit :

« Il nous reste à matérialiser par divers contrats les modalités définitives de nos accords qui forment un tout, et nous attendons vos propositions de textes telles qu'elles résulteront de l'avant-projet que nous vous avons remis et des divers documents déjà échangés. Cependant, ainsi qu'il a été convenu de commun accord, la présente lettre constitue notre accord sur les conditions essentielles des contrats restant à spécifier, et de part et d'autre, nous sommes définitivement engagés et passons dès à présent à l'exécution : nous, en vous faisant effectuer les premiers paiements, et vous, en commençant vos études » (cette clause contient une autorisation d'engager les travaux, cf. infra, article 8, p. 180).

Vient alors un rappel des principaux éléments des accords intervenus.

Ensuite :

« Les divers documents échangés au cours de nos entretiens constituent l'esprit des contrats qui seront précisés à bref délai. Au cas où des difficultés surgiraient entre nous pour la mise au point définitive des contrats, nous vous proposons, au cas où nous ne pourrions nous mettre d'accord, de nous référer à l'arbitrage de la C.C.I. à Paris » (cette clause contient une clause d'arbitrage, cf. infra, section II, article 7, p. 179).

L'auteur de la lettre demande finalement au destinataire de lui en renvoyer le double signé pour accord.

2) *Objet*

Un protocole d'accord ou « punctuation » (28) représente la *synthèse des éléments essentiels des contrats à venir* (exemple : fourniture de tels logiciels et progiciels par contrat de licence de produits de programmes, accord sur les points principaux du cahier des charges et sur le calendrier...). Il appelle la remise d'une offre et marque généralement la conclusion de l'analyse fonctionnelle. Il comprend généralement de nombreuses clauses spécifiques (ainsi, dans la variante b, la clause d'arbitrage).

3) *Valeur juridique*

Le protocole d'accord n'est pas le contrat définitif. Toutefois, certains auteurs (29) ont affirmé le contraire en estimant que l'accord sur les points essentiels suffisait à créer le contrat. « Mais si la « punctuation » n'est pas le contrat en discussion, il n'en reste pas moins qu'elle représente un accord de volontés, un ensemble de points sur lesquels les parties se sont entendues et qui ont fait l'objet d'un consensus. Dès lors, si la punctuation n'est pas le contrat en genèse, du moins est-elle un contrat de pourparlers » (30), un « accord de principe » précise la Cour de cassation française (31).

Cet accord lie les parties en ce qui concerne les contenus qu'elle s'engage à ne pas remettre en cause. En outre, la signature d'un tel protocole d'accord oblige les parties

(28) A ce sujet, cf. A. Rieg, op. cit., 593 et s.

(29) Cf. notamment G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, T. II, Paris, 1957, n° 335.

(30) Notamment A. Rieg, op. cit., 601.

(31) Cass., 24 mars 1958, J.C.P., 1958, II, 10.868, obs. J. Carbonnier ; Cass., 16 avril 1973, Bull. civ., 1973, III, 207, n° 287.

Cf. également P. Gothot, *Les pourparlers contractuels*, in *Renaissance du phénomène contractuel*, C.D.V.A., Séminaire, 1971, 17.

à poursuivre leurs négociations (32). Par définition, une rupture du contrat par refus de poursuivre la négociation est fautive et entraîne la responsabilité de l'auteur de cette rupture.

Cette obligation de poursuivre la négociation n'entraîne pas une obligation d'aboutir à la conclusion du contrat. L'obligation assumée par les deux parties est une obligation de « moyens » et non de « résultat ». Il s'agit pour les deux parties de « coopérer à faire passer le principe en acte » (33).

L'accord de principe fait donc naître une obligation contractuelle de négocier, obligation à exécuter de bonne foi. Cette obligation est sanctionnée de façon contractuelle (34).

Article 6. — Offre

1) Énoncés

Sous l'appellation « offre », on peut ranger différents documents qui ne constituent pas toujours des offres au sens juridique. On distingue trois types de documents :
— l'offre globale (énoncé n° 1) reprenant éventuellement en annexe des conditions générales d'offre (énoncé n° 2) ;
— l'offre globale reprenant éventuellement en annexe le contrat-type ;
— certaines offres sont reprises dans les conditions générales de l'« instrumentum » destiné à devenir le contrat définitif après l'acceptation (énoncé n° 3).

Énoncé n° 1

Firme...
« Messieurs,

Nous référant à nos divers entretiens et à notre collaboration, nous avons l'honneur de vous adresser notre offre pour l'installation d'un matériel informatique et d'un logiciel d'application destinés à la gestion de votre société.

(32) ... ce qui n'était point le cas jusqu'ici. « Des négociations, des simples pourparlers excluent par définition des obligations réciproques puisqu'elles constituent seulement la phase préparatoire d'un accord éventuel » (Paris, 22 février 1964, inédit repris par A. Rieg, op. cit., 603, note 26).

(33) J. Carbonnier, note sous Cass., 24 mars 1958, J.C.P., 1958, II, 10.868.

(34) M. Fontaine, op. cit., 109 ; J. Ghestin, op. cit., n° 241 ; Cass., 27 avril 1968, Bull. civ., 1968, IV, n° 141 ; Cass., 24 novembre 1965, Bull. civ., 1965, I, n° 651.

	Loyer mensuel	Maintenance	
		1 ^{ère} année	2 ^{ème} année
Matériel	150.000 F	35.000 F	40.000 F
Logiciel de base	13.000 F	11.000 F	—
Logiciel d'application	42.000 F	—	17.000 F

En annexe, nous joignons la description *détaillée* de ces postes. Le loyer mensuel a été établi dans l'hypothèse d'un contrat de leasing de 6 ans. Au terme de ce contrat, le matériel deviendra votre propriété, moyennant le versement d'une redevance unique de deux fois le loyer mensuel. Le loyer mensuel est fixe et non révisable.

La redevance de maintenance est soumise aux augmentations de prix autorisées par le Ministère des Affaires économiques. Le délai de livraison du matériel est de trois mois à dater de l'acceptation de l'offre.

La puissance du matériel proposée est adaptée aux performances exigées (temps de réponse : n secondes).

La présence d'un ingénieur spécialisé de notre firme pendant trois mois assurera l'assistance nécessaire à l'implantation du système.

Le planning d'installation joint à la présente précise les modalités de cette assistance.

Le taux de disponibilité du système correspond à l'exigence de votre cahier des charges.

La redevance de maintenance correspond à un service assuré pendant la « période principale de maintenance », définie dans les clauses contractuelles : du lundi au vendredi, de 8 H à 12 H et de 13 H à 16 H 30. Les prestations en dehors de cette période sont facturées à un coût horaire de 2.500 F. La norme de maintenance préventive pour la configuration proposée est de quatre heures par trimestre.

Notre Centre de formation dispense les cours nécessaires à la formation d'un programmeur.

La présente offre est valable pendant une période d'un mois ».

Énoncé n° 2 : conditions générales de l'offre

Variante a)

— Durée de validité

« Sauf prolongation écrite par... (le fournisseur), la présente offre deviendra caduque 90 jours après sa date d'émission ; elle peut également être modifiée

ou retirée à tout moment ».

- Conditions contractuelles
« La présente offre est soumise aux termes et conditions stipulés dans le *contrat ci-annexé* ».
- Fixation du prix
« Les prix mentionnés dans cette offre sont donnés à titre indicatif et sont sujets à modifications. Ils ne comprennent pas la T.V.A. ».
- Frais de transport
« Les frais de transport des machines jusqu'au lieu d'installation ainsi que les frais de retour sont à charge de... (le fournisseur) ».
- Facturation de la location mensuelle
« La mise sous facturation du matériel à livrer débutera le premier jour ouvrable qui suit la fin des travaux d'installation de notre service technique, c'est-à-dire après fonctionnement correct des tests techniques standard de notre firme ».
- Facturation du prix d'achat
« Les factures pour le matériel seront établies à sa livraison et seront payables, net sans escompte, le premier jour ouvrable suivant la date d'installation par notre service technique, c'est-à-dire après fonctionnement correct des tests techniques standard de notre firme ».

Variante b)

(Nous ne reprenons ici que les clauses originales par rapport à celles déjà reprises dans la variante a).

« Vous trouverez ci-joint un document intitulé « Conditions générales de la proposition » précisant les conditions auxquelles la présente proposition est soumise : il s'agit de conditions que nous considérons comme substantielles et déterminantes et comme faisant partie intégrante de cette proposition.

.....

- Responsabilité du client
Les recommandations faites dans cette offre en matière d'équipement de programmes et de services sont fondées sur les données que vous avez bien voulu nous communiquer et sur nos propres observations.
Le degré de succès avec lequel nos produits, nos programmes et nos services peuvent être appliqués à vos problèmes de traitement de l'information dépend

de nombreux facteurs dont beaucoup échappent à notre contrôle. Nos estimations quant aux résultats qui peuvent être obtenus à l'aide des équipements, programmes et services que nous vous fournissons, ne doivent donc pas être considérées comme une garantie expresse ou implicite.

C'est pourquoi, nonobstant l'assistance très large fournie par ..., la mise en œuvre, l'exploitation et la gestion des produits et services vous incombent. A cet égard, les tâches que vous devez réaliser comprennent notamment :

- définir les objectifs à atteindre par l'intégration des équipements et services ... dans la gestion générale de votre entreprise ;
- vérifier la validité de la configuration de l'équipement et des programmes ;
- disposer d'un personnel apte à utiliser et exploiter l'équipement en fonction de la configuration choisie ;
- développer et mettre en application les programmes et les procédures appropriées, en vue de l'utilisation du système ;
- établir toutes les méthodes de contrôle disponibles pour s'assurer de la validité des données traitées pendant toute l'exécution du processus informatique ;
- introduire des points de contrôle dans le processus de traitement de vos applications ;
- prendre les mesures de protection nécessaires pour la sauvegarde du secret des données ;
- établir les plans de secours en cas de panne, tels que les procédures de remplacement ou des arrangements réciproques avec d'autres clients équipés de machines ayant des spécifications appropriées ;
- prendre toutes les dispositions requises pour l'installation du matériel dans les conditions techniques définies pour son bon fonctionnement.

Les obligations de l'offrant sont clairement explicitées dans les contrats qui seront conclus entre les parties. Dans tous les cas, le fournisseur ne peut encourir de responsabilités que pour les dommages directs à l'exclusion de tout dommage indirect.

.....

- Délai de livraison
Le délai actuel pour un système ... est de ... mois à partir de la date d'acceptation par ... du contrat. Ce délai est valable pour une période de 30 jours.
- Heures de test
Avant l'installation du matériel proposé, vous pouvez bénéficier en fonction de nos disponibilités, de l'équivalent de 60 heures de test sur une machine semblable installée en nos locaux ou en clientèle. Au cas où ces heures seraient

utilisées sur un système dont la puissance diffère de celle du système proposé, elles seront affectées d'un coefficient qui tient compte de la puissance du système utilisé.

A ces heures, vous pouvez ajouter un certain nombre d'heures supplémentaires. Les modalités d'octroi de ces heures supplémentaires ainsi que les dispositions pratiques d'utilisation des heures de test vous seront plus amplement décrites par notre délégué ».

Énoncé n° 3 : offre reprise dans les conditions générales de l'instrumentum contractuel

Exemple : clause tirée d'un contrat-type

« Les offres faites en vertu des présentes conditions générales de location restent valables deux mois.

Aucune offre n'engage définitivement... (le bailleur) qu'après la signature du contrat par une personne représentant valablement celui-ci ».

2) *Objet*

On constate une évolution certaine du contenu des documents qualifiés d'offre. Les offres du type : énoncé n° 1, reprenant les diverses caractéristiques fonctionnelles du système informatique proposé — la synthèse en quelque sorte de son analyse fonctionnelle — deviennent rares. L'offre est de plus en plus souvent présentée sous la forme de l'instrumentum contractuel qu'il suffira de signer pour rendre le contrat obligatoire (énoncé n° 3).

On notera l'originalité des énoncés n° 2, en particulier de la variante b). Les conditions générales de l'offre ont non seulement pour objectif de fixer les conditions d'émission de l'offre mais également pour objet de préciser les limites des obligations précontractuelles de l'offrant (35). On reviendra sur la valeur de telles clauses (cf. infra, p. 187).

3) *Conséquences — Portée juridique*

Les documents intitulés « offre » représentent-ils de véritables offres au point de vue juridique ? La Cour de cassation belge (36) considère que l'offre suppose « l'émission définitive d'une des volontés en présence qui ne doit plus qu'être acceptée par l'autre pour que le contrat soit formé ».

(35) Sur les obligations précontractuelles des deux parties à un contrat informatique. cf. supra, p. 69 et s.

(36) Cass., 23 septembre 1969, R.C.J.B., 1971, 224 et s., note Y. Schoentjes-Merchiers.

Il faut donc que l'expression de la volonté du pollicitant réunisse *tous* les éléments nécessaires à la conclusion du contrat *de telle sorte* que l'autre partie n'ait plus qu'à marquer son consentement sur ces éléments pour que le contrat soit conclu.

Pour la vente, ces éléments sont : des indications suffisamment complètes sur le prix, sur la chose ainsi que sur toutes les modalités *essentielles* de la vente conclue.

On peut donc définir l'offre comme *une manifestation de volonté « unilatérale, suffisamment précise, ferme et dépourvue d'équivoque »* (37) pour que l'acceptation de son destinataire suffise à former le contrat.

En conclusion : l'offre doit porter sur tous les *éléments essentiels* du contrat qui ont fait *l'objet des entretiens et des discussions antérieurs* et qui permettent au destinataire d'accepter en *toute connaissance de cause*.

1° — Contrat de vente ou de location.

L'offre, dans le cas de la vente et de la location, doit contenir des indications suffisamment précises sur la *chose*, le *prix* ainsi que sur les *modalités essentielles* du contrat à intervenir.

Ainsi, en matière informatique, il paraît indispensable qu'en cas de location, l'offre précise la durée, soit à terme déterminé avec ou non reconduction, soit à durée indéterminée avec les modalités de préavis.

La proposition d'un contrat de maintenance peut également être rendue essentielle.

2° — Contrat d'entreprise pour la conception d'un logiciel d'application.

Bien que le prix ne soit pas un élément essentiel d'un contrat de services, nous estimons que l'offre doit donner des indications sur celui-ci. Par exemple : travail à forfait ou fixation d'un taux horaire et d'un délai de réalisation, même approximatif.

Par contre, la désignation de l'objet doit être précise et complète. Par conséquent, l'offre devra se référer à certaines spécifications fonctionnelles techniques.

Ceci dit, on sera très attentif aux *réserves* qui peuvent assortir même une offre complète. Dans ce cas, le document n'est à considérer que comme une simple invitation à entrer en pourparlers ou à les continuer. Tel est le cas dans l'énoncé n° 2 : le pollicitant s'y réserve le droit de modifier ou de retirer l'offre à tout moment. De plus, l'offre mentionne que les prix sont donnés à titre purement indicatif.

(37) J. Ghestin, op. cit., n° 20.

Par contre, les énoncés n° 1 et 3 constituent de véritables offres car tous les éléments essentiels du contrat sont réunis d'une manière ferme, précise et dépourvue d'équivoque.

Enoncé n° 1 :

volonté de contracter du fournisseur ;
description précise de l'objet et du prix ;
durée ;
délai de livraison ;
référence au cahier des charges et performances exigées ;
définition du service de maintenance ;
formation du client.

Enoncé n° 3 :

l'offre est incluse dans le contrat définitif. Celui-ci stipule toute les conditions particulières et générales. En conséquence, l'acceptation réalise le contrat.

Les conséquences de l'offre sont connues :

1° — Pour le pollicitant (émetteur de l'offre), l'offre a valeur obligatoire, dès qu'elle est parvenue à son destinataire (38).

Elle comporte l'obligation de la maintenir pendant le délai indiqué par l'émetteur ou, si l'offre est muette à ce sujet, pendant la durée brève nécessaire pour que le destinataire puisse en prendre connaissance et y répondre (39).

L'offre lie le pollicitant pendant tout le délai normal d'acceptation ; ce délai varie suivant les usages et les circonstances.

2° — Le retrait de l'offre entraînera la responsabilité du pollicitant. On peut à cet égard noter quelques particularités par rapport au régime général décrit ci-dessus (cf. supra, p. 159 et s.). Ainsi, si le demandeur peut établir avec suffisamment de certitude qu'il aurait accepté l'offre si elle n'avait pas été retirée, il pourra obtenir un dédommagement des avantages escomptés du futur contrat (40).

(38) H. De Page, op. cit., T. II, n° 516 et s.

(39) Cass., 17 septembre 1958, D. 1959, 33 et Cass., 10 mai 1968, Bull. civ., 1968, III, n° 209 qui admettent l'obligation tacite de maintenir l'offre.

(40) avec prudence, M. Vanwijck-Alexandre, op. cit., n° 21.

Article 7. — Acceptation

1) *Enoncés*

L'acceptation est rarement pure et simple (41). Elle aura lieu :

- tantôt sous réserve d'un *instrumentum à rédiger* (cf. la variante b) du protocole d'accord repris supra, p. 170) (1ère hypothèse) ;
- tantôt sous réserve de *derniers détails à régler* (2ème hypothèse) ;
- tantôt, elle consistera en un simple accord de poursuite des négociations (3ème hypothèse).

1ère hypothèse :

L'utilisateur, après réception de l'offre, adresse au fournisseur le télex suivant :
« Merci de votre télex du ... *Nous avons l'intention de vous passer commande et demandons dès lors que vos mandataires autorisés et les nôtres se rencontrent pour discuter et mettre au point les détails et, en conséquence, signer l'acte* ».

2ème hypothèse :

L'acceptation sous réserve de derniers détails à régler s'explique par des considérations diverses :

- le règlement de détails, en particulier de détails techniques (délais de livraison, charge de l'implantation du système, etc...) ;
- la ratification par les pouvoirs autorisés dans le cas où les négociations ont été menées jusque là par des mandataires n'ayant pas la signature sociale ;
- la rédaction de l'*instrumentum juridique*.

3ème hypothèse :

La troisième hypothèse est plus restrictive encore. Elle consacre le rejet de l'offre, mais marque un accord de principe pour la continuation des négociations avec le fournisseur. On distinguera la fausse acceptation de l'acceptation sous condition suspensive.

Dans le cas d'une acceptation sous condition suspensive, il y a véritable acceptation et la réalisation de la condition dépend d'un événement non dépendant totalement de la volonté de la partie qui a stipulé la condition (par ex. : la réussite d'une tractation commerciale avec un tiers, l'obtention d'un financement).

(41) On notera que, dans l'affaire S.P.N.J. c/ N.C.R. France (Paris, 13 mars 1978, Jurisdata, 0207), les juges ont estimé que l'absence de protestations et de réserves de l'acquéreur suite à une lettre de confirmation du fournisseur, constituait une acceptation pure et simple, rendant la vente parfaite.

Par contre, dans l'affaire CII H.B.B. c/ Sefco jugée par la Cour d'appel de Paris, le 27 mars 1981 (Expertises, 1981, n° 31, 5 et s.), le juge note que demander un contrat n'est pas passer une commande ; faute d'acceptation non équivoque de l'offre, le concours de volontés nécessaires à la formation de la vente n'a pu se produire à cette date mais seulement lors de la signature des documents.

Pour qu'il y ait fausse acceptation, il faut que le désaccord soit réel et formel. Ainsi, l'utilisateur peut accepter, tout en *souhaitant* une demande de rabais. Ce serait alors à l'utilisateur qui romprait le « contrat » de démontrer que la nature et la portée des modifications demandées remettraient en cause l'accord intervenu.

Conséquences — Portée juridique

Pour qu'il y ait acceptation, il faut concordance exacte entre l'offre et son acceptation. Il faut accord des parties sur tous les éléments du contrat, essentiels soit parce qu'ils sont objectivement essentiels (42), soit parce que les parties les tiennent pour tels. Par exemple, « pour l'acheteur ou le vendeur, il peut être capital que la chose soit livrée au plus tôt que là, à telle date et non avant ni après, que le paiement soit effectué à une certaine date, sous une forme, en un lieu déterminé, avec ou sans acompte » (43).

Toute acceptation *avec réserves* s'analyse comme un refus assorti d'une offre nouvelle (44). Elle entraîne dès lors l'obligation pour les deux parties de poursuivre de bonne foi la négociation sans obligation d'aboutir.

Dans le cas d'une acceptation sous réserve de l'instrumentum à rédiger, il y a accord sur tous les points, sauf preuve contraire (45) ; le contrat est alors formé et il y a obligation contractuelle de rédiger de bonne foi l'instrumentum.

Article 8. — Autorisation d'engager les travaux

noncé (cf. également variante b) du protocole d'accord, supra, p. 170)

« Suite à votre télex du... concernant votre proposition technique et financière envoyée pendant notre consultation et qui a reçu l'accord des services techniques.

La commande définitive... vous sera adressée dès que l'avenant n° 1 au contrat n° 330 en cours de finition vous sera notifié.

Vous êtes autorisés par la présente lettre à engager un montant plafond de 5.325 FB... couvrant les travaux ci-dessous (suit une énumération chiffrée des travaux à entreprendre). Nous vous demandons de bien vouloir confirmer votre accord en renvoyant un double de la présente lettre signé par vos soins ».

1. Carbonnier, op. cit., 14.

2. Cornu, obs. sous Cass., 26 novembre 1962, R.T.D. civ., 1963, 364.

3. Marty et P. Raynaud, op. cit., p. 88, n° 104.

4. Cass., 15 juin 1973, Bull. civ., III, n° 204, 181 (contrat d'un ancien joueur de football engagé comme entraîneur) (cité par J. Ghestin, op. cit., 226).

2) *Objet*

En cas de négociation avancée et suite à un protocole d'accord (cf. supra, article 5, p. 169) ou d'une acceptation de l'offre sous réserves (cf. supra, article 7, p. 179), l'utilisateur pressé peut demander le début d'exécution des travaux avant même la signature du contrat.

§ 2 : LES DOCUMENTS SPÉCIFIQUES

INTRODUCTION

Il s'agit, dans chacun des cas, de documents contenant un engagement précis sur les obligations de chaque partie lors de la négociation du contrat.

Ces engagements contractuels précisent le devoir de bonne foi de chacun des participants à la négociation. Leur existence révèle que leur contenu s'impose — certes dans une moindre mesure — à tout négociateur.

La liste des exemples commentés qui suivent n'est pas exhaustive...

Article 1. — Engagement d'exclusivité

« Nous... avons pris note que vous étudiez actuellement les problèmes posés par l'informatisation de notre entreprise. Afin de vous permettre d'étudier cette possibilité, nous prenons l'engagement irrévocable vis-à-vis de votre groupe de ne procéder à aucune négociation quelle qu'elle soit ».

Il s'agit d'engagement pris par l'utilisateur envers le fournisseur de ne pas mener de négociations parallèles. En dehors de l'engagement exprès sur ce point, un utilisateur peut mener des négociations parallèles avec d'autres constructeurs, *sauf*, nous semble-t-il, s'il en est au stade de l'accord quasi-définitif.

L'engagement d'exclusivité est certes de l'intérêt du fournisseur, mais il peut justifier en cas de rupture des pourparlers, une sévérité plus grande quant au comportement du fournisseur et une aggravation de sa responsabilité.

Article 2. — Engagement de secret

Une « letter of understanding », relative à la mise en route d'études de faisabilité préalables à la conclusion éventuelle d'un contrat, comporte un article 15 d'après le-

quel : « Any proprietary information, including but not limited to technical and financial information disclosed by either party to the other hereunder and designated as confidential shall be kept secret and confidential and not used by the receiving party other than in the course of feasibility studies or other evaluation contemplated hereunder no disclosed by such party other than to its employees requiring them for performance of their duties hereunder, unless and to the extent such information was known to the receiving party prior to disclosure hereunder is subsequently disclosed to the receiving party by a third party or become public knowledge. The obligations of this paragraph 15 shall survive termination of the letter of understanding and continue in effect for a period of seven years thereafter ».

Cet engagement signé par le futur fournisseur (46) — qui doit avoir connaissance d'un certain nombre de secrets d'affaires de l'entreprise utilisatrice — l'oblige à ne pas se servir ni révéler les informations communiquées (47) même au-delà de la vie du contrat.

La clause citée en exemple pourrait être améliorée.

En dehors de tout engagement exprès, le devoir de maintenir secrètes les informations communiquées nous semble s'imposer également. La clause facilite la preuve de la faute du fournisseur.

Article 3. — Engagement de ne pas se servir du produit du travail du fournisseur

Nous n'avons pas rencontré de telles clauses, mais leur intérêt serait évident. Le travail accompli par le fournisseur dans l'étude d'un projet informatique pourrait, après — voire avant — rupture des négociations avec ce fournisseur, être communiqué à un concurrent.

Même expresse, la clause n'éviterait malheureusement pas le devoir de preuve du fournisseur lésé. Or il n'est pas facile de démontrer le « copiage » d'une étude.

L'inexécution d'un tel engagement peut entraîner le déclenchement des actions protégeant le travail intellectuel du fournisseur (48). On peut évaluer forfaitairement le dommage subi par celui-ci.

(46) On retrouve de telles clauses dans des contrats de conseils (v. également la clause dans le contrat-type CECUA). Sur la confidentialité et les contrats informatiques, Expertises, 1982, n° 36-37, 2 et s.

(47) On pourrait en outre songer à une clause de non-publicité, le fournisseur ne pouvant, sans le consentement de l'utilisateur, annoncer à des tiers qu'il est en pourparlers avec ce dernier.

(48) A ce propos, lire les solutions défendues à propos de la protection des programmes : cf. infra, p. 430, X. Thunis et J.J. Evrard, La protection des programmes.

Article 4. — Prise en charge du coût de l'étude préalable et de la négociation

Exemples

Les clauses de prise en charge du coût des pourparlers visent :

1° La prise en charge de l'étude (analyse d'opportunité, analyse fonctionnelle, étude du cahier des charges de l'utilisateur) :

« Within sixty days following the date hereof the parties shall appoint a team comprised of a mutually agreed number of representatives of each party to undertake feasibility studies for the establishment in ... of a facility to produce the aforesaid products...

The costs of the study agreed to by the parties in advance shall be shared in equally by the parties with a net billing settlement between the parties at the conclusion of the study.

If the project is implemented the agreed costs will be borne by the...

If the project is not implemented the agreed cost, after the net billing settlements, will be borne equally by the parties ».

2° L'ensemble du coût des négociations (déplacements, secrétariat, démonstration, etc.)

« If, having accepted the terms of this letter in principle, and if a formal agreement is not entered into because a condition fails to be satisfied, then each party should bear its own costs. If however shareholders of Z should determine not to proceed for any reason then we feel it is appropriate that shareholders should bear the costs of X incurred in connection with the negotiations and investigations. Equally if X withdraws from negotiations otherwise than through a failure of a condition to be satisfied, then it would expect to bear costs incurred by shareholders ».

Commentaires

Des études coûteuses et des négociations longues précèdent la conclusion d'opérations informatiques.

Le fournisseur peut prévoir qu'en cas de non-accord, les frais de cette étude ou de cette négociation seront à charge de l'utilisateur (par ex. : paiement par taux/horaires ; paiement d'un forfait).

En dehors de ces clauses, ce n'est que dans des cas exceptionnels que la rupture fautive de la négociation par l'utilisateur entraînera contre celui-ci le devoir de rembourser les frais consentis par le fournisseur.

Pareilles clauses représentent donc une évaluation forfaitaire du dommage subi en cas de rupture de négociation.

Article 5. — Fixation d'un délai de négociation

Une lettre d'intention expose que :

« Considering the urgency of this project... the contract will be signed as soon as possible after the initial discussions, and every effort will be made to make this possible within 30 days of the beginning of the initial discussions ».

Une autre lettre prévoit que :

« Within 120 days after completion of the... feasibility study, each party shall inform the other as to whether it wishes to implement the project. In the event either party fails to so inform the other or decides not to implement the project, this letter of understanding shall be thereupon deemed terminated and neither party shall have any obligation thereafter to the other (subject to surviving secrecy obligations)... ».

Article 6. — Désignation d'un team de négociation

Article 7. — Clause d'arbitrage des litiges relatifs à la période précontractuelle

(cf. la clause reprise dans le document : Accords-cadre, supra, p. 166, et la variante du protocole d'accord, supra, p. 171).

SECTION 3

Le sort des documents dans le contrat

INTRODUCTION

Il est fréquent que les contrats informatiques contiennent une référence aux documents précontractuels, soit pour exclure toute portée de ceux-ci (§ 1), soit pour réintégrer certains ou l'ensemble des documents précontractuels (§ 2).

§ 1 : LES TECHNIQUES D'EXCLUSION DES DOCUMENTS DE LA PÉRIODE PRÉCONTRACTUELLE

Article 1. — La clause dite des « quatre coins »

1) *Énoncés*

La plupart des contrats informatiques standard proposés par les fournisseurs contiennent une clause dite des « quatre coins ». On peut en donner les exemples suivants :

1. Siemens

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

2. Burroughs

« Le présent contrat (y compris tous les contrats auxquels il est fait référence aux sections...) représente l'intégralité de l'accord et des déclarations exprimées ou implicites entre le client et Burroughs relativement au matériel et aux services à fournir et remplace toutes les communications antérieures y compris toutes les propositions verbales ou autres ».

3. Digital Equipment

« Le présent contrat (entretien) annule et remplace tous les accords antérieurs entre les parties, écrits ou verbaux, ayant le même objet. Les termes du présent contrat prévaudront sur toute condition pouvant figurer sur les commandes ou autres documents émis par le Client ».

4. Honeywell-Bull

« Le présent contrat et son annexe signés le même jour contiennent tous les engagements des parties l'une à l'égard de l'autre. De convention expresse, les correspondances, demandes d'offres ou propositions antérieures relatives aux mêmes machines seront considérées comme non avenues ».

5. I.B.M.

« Le client reconnaît avoir pris connaissance du présent contrat et de son annexe en toutes leurs dispositions écrites ou imprimées et déclare en accepter les termes et conditions. Il reconnaît en outre que ces documents constituent l'intégralité de l'accord interve-

nu entre les parties, remplaçant et annulant toutes propositions ou engagements écrits ou verbaux les précédant et toutes autres communications entre les parties ayant trait au contenu du présent contrat ».

6. I.C.L.

« Les présentes dispositions annulent et remplacent toute correspondance ou accords antérieurs et ne sauraient être modifiées qu'expressément par avenant au présent contrat, signé par les parties légalement autorisées ».

2) *Objet*

La clause dite « des quatre coins » n'est pas propre aux contrats informatiques, mais existe également dans nombre de contrats complexes (engineering, etc...). Elle représente une *sécurité* pour les deux parties qui savent exactement à quoi s'en tenir et peuvent écarter le fatras contradictoire de correspondance, de propositions et contre-propositions qui ont émaillé les négociations.

Elles peuvent cependant représenter un *danger pour l'utilisateur* dans la mesure où le fournisseur peut limiter étroitement sa responsabilité et notamment exclure toute garantie d'aptitude du système fourni aux besoins même exprimés par l'utilisateur et acceptés au cours des pourparlers.

En conclusion, il ne peut être question, au nom d'une protection des « consommateurs », de rejeter par principe la clause des « quatre coins ». Simplement, on sera attentif au contenu de l'ensemble du contrat et on veillera à inclure « entre les quatre coins » du contrat les exigences discutées au cours des pourparlers dont le respect paraît nécessaire à la réussite du contrat.

3) *Valeur juridique*

La clause des « quatre coins » est valable selon le principe de liberté contractuelle.

Elle a pour objet :

— *De limiter l'objet du contrat* au seul contenu des stipulations contractuelles (49). Aucun engagement contractuel, aucune obligation contractuelle ne peut être déduite des documents de la période précontractuelle. Cette limitation apparaît parfaitement valable.

(49) Il est possible que certaines de ces stipulations contractuelles (ex. : les clauses d'exonération de responsabilité) privent le contrat de son objet, mais on ne peut écrire qu'en soi, la clause des quatre coins prive le contrat de son objet.

— *De limiter le pouvoir d'interprétation du juge*. Les clauses ambiguës ou contradictoires du contrat ne peuvent s'interpréter que par rapport à ce qui est exprimé dans le document contractuel. Cette limitation est plus discutable si l'on considère que les règles du Code civil à l'interprétation du contrat (articles 1156 et s.) sont d'ordre public (50) et que le juge doit pouvoir se référer aux usages et à des faits extrinsèques (parmi lesquels les documents précontractuels) relevant, significatifs et convergents (51).

Quoiqu'il en soit, la clause des « quatre coins », dont la portée restrictive est indiscutable, connaît des limites. L'utilisateur peut toujours soulever la responsabilité précontractuelle aquilienne du fournisseur : la clause n'a aucune incidence sur les obligations des parties durant cette période. En outre, l'utilisateur, nonobstant la clause, peut toujours invoquer le vice de consentement (52).

Article 2. — La clause dite de « parfaite information »

La clause dite de « parfaite information » prétend avoir une incidence sur la période précontractuelle et sur les obligations qui en naissent.

1) *Énoncé*

La clause dite de « parfaite information » connaît diverses versions et peut être insérée dans le contrat, soit même dans des documents précontractuels. A ce propos, on notera celle stipulée dans les conditions générales de l'offre reprise comme variante b) où le fournisseur s'exonère partiellement de son obligation de « s'informer et de conseiller », mais la forme classique de cette clause s'énonce comme suit : « L'utilisateur reconnaît avoir été parfaitement informé et conseillé par le fournisseur. *En conséquence*, il l'exonère de toute responsabilité pour tout fait quelconque de la négociation ».

2) *Valeur juridique*

A la différence de la clause des « quatre coins » qui ne peut régir la période précontractuelle, la clause reprise ci-dessus a précisément pour objectif d'exonérer le fournisseur de toute responsabilité pour certaine, voire pour toute faute de la période précontractuelle.

(50) A ce propos, cf. la discussion et les références reprises par E. Causin, *L'interprétation des contrats en droit belge*, in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, 1978, 281 à 347.

(51) Sur les conditions de preuve, de relevance et de sens de ces faits extrinsèques, lire E. Causin, *L'interprétation des contrats écrits vue à travers le contrat d'assurance*, Bull. Ass., 1980, 274 à 278.

(52) Pour obtenir l'annulation du contrat, ce qui peut être une sanction inadéquate pour l'utilisateur qui préfère l'exécution de la convention.

Une telle clause contractuelle ayant pour effet de limiter la responsabilité précontractuelle est, en Belgique, considérée comme licite (53). Certes, il faudra qu'elle soit acceptée par l'utilisateur. S'il s'agit d'un contrat d'adhésion, cette acceptation résultera de la non-protestation rapide de l'utilisateur après réception du contrat (54).

Si une telle clause est valable, elle ne pourra cependant jamais être absolue. Le devoir de bonne foi s'imposant impérativement, il est certes possible de le limiter, mais non de le supprimer. La clause ne pourra pas être invoquée par le fournisseur, auteur d'un dol.

Il est évident enfin que l'utilisateur peut toujours invoquer l'erreur et demander l'annulation du contrat.

Ces deux limites posées, il semble que la portée de la clause classique reprise ci-dessus est nettement moindre. Il s'agit, selon nous, d'un simple *renversement de la charge de la preuve* ; l'utilisateur peut, en effet, prouver, nonobstant la clause, qu'il a été mal informé.

§ 2 : LES TECHNIQUES D'INTÉGRATION DES DOCUMENTS DE LA PÉRIODE PRÉCONTRACTUELLE

Article 1. — Le préambule

1) *Objet*

Le « préambule » reprendra :

- 1° La désignation des parties (le fournisseur sera qualifié de « spécialiste » ; l'utilisateur de non-initié).
- 2° Les objectifs économiques de l'utilisateur et les raisons de l'informatisation (reprendre les grandes lignes du plan informatique et de l'analyse d'opportunité).
- 3° Les raisons du choix du fournisseur (le fait qu'il a adhéré aux objectifs économiques et qu'il apparaît comme un partenaire inspirant confiance).

(53) Cf. à ce propos, la déclaration de J. Van Ryn (Responsabilité aquilienne et contrats, Thèse, Paris, 1933, 133) : « Les clauses d'exonération suppriment aussi bien la responsabilité contractuelle que la responsabilité délictuelle pour tous les faits dommageables et pour toutes les causes de préjudice auxquelles ces clauses s'appliquent suivant leurs termes et suivant leur esprit ».

La position de la doctrine française est différente : la clause n'aurait pour effet que de renverser la charge de la preuve (cf. notamment à ce propos B. Starck, Les clauses de non-responsabilité, D., 1974, Chron. n° 35).

(54) M. Bosmans, Les conditions générales en matière contractuelle, J.T., 1981, 19, n° 12 et 13. Cet auteur note cependant que certaines décisions exigent un silence circonstancié et ne se contentent pas d'une absence de réaction.

4° Le principe selon lequel l'exécution du contrat sera l'œuvre d'une collaboration loyale (désignation de part et d'autre de la personne particulièrement chargée de cette collaboration).

5° Le principe selon lequel ce préambule constitue « l'esprit du contrat ». (Cf. également, l'exemple repris en annexe 2 ci-dessous).

2) *Valeur juridique*

Le préambule constitue un exposé des motifs qui, en cas de litige, permettra au juge de définir la commune intention des parties.

L'article 1156 du Code civil précise : « On doit rechercher dans les conventions quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

Le préambule offre l'avantage de rappeler l'esprit qui a présidé aux négociations, la motivation du choix du fournisseur, fonction à la fois des objectifs de l'opération d'informatisation qui ont été fixés et du sérieux du contractant.

Article 2. — Les documents précontractuels annexés au contrat

1) *Objet*

Le contrat reprendra en annexe les ou certains documents précontractuels. Ces annexes doivent être considérées comme *partie intégrante* du contrat.

Ces documents incorporés pourront être :

- les procès-verbaux des rapports de discussion ;
 - les lettres des ... ;
 - les réponses des ... ;
 - les propositions n° ... ;
 - les rapports n° ... ;
- etc.,

tous documents se rapportant aux éléments considérés comme essentiels de la négociation.

2) *Valeur juridique*

Ces documents précontractuels deviennent, de par leur intégration au contrat sous forme d'annexes signées par les parties, des éléments du contrat ayant force obligatoire. Dans cette hypothèse, la clause « des quatre coins » ne constitue plus un

inconvenient pour autant que tous les documents précontractuels portant sur les éléments essentiels soient expressément repris.

Il y a lieu de vérifier et de mettre éventuellement en concordance les clauses de conditions générales de contrat qui pourraient être en contradiction avec certains documents précontractuels.

Article 3. — Annexe d'un document de synthèse des documents précontractuels

1) *Objet*

Cette technique consiste à rappeler dans un document annexé au contrat et faisant partie intégrante de celui-ci, les éléments et caractéristiques que l'utilisateur considère comme absolument essentiels et sur lesquels le constructeur marque son accord. Cette annexe spécifiera par exemple :

- 1° que le système proposé satisfait à toutes les qualités requises décrites par le constructeur dans sa réponse à l'appel d'offres et au questionnaire joint ;
- 2° que le constructeur reconnaît que certains éléments du cahier des charges ou du questionnaire repris aux n° ..., sont essentiels pour l'utilisateur (par ex. : temps de réponse, capacité de mémoire, formation et assistance, planning d'installation, taux de disponibilité).

2) *Valeur juridique*

Ce document de synthèse annexé au contrat, établi par l'utilisateur et approuvé par le fournisseur, lie contractuellement les parties au même titre que le contrat. Dans cette hypothèse également, la clause des « quatre coins » peut être reprise.

La technique du « document de synthèse » présente quelque danger. En effet, l'utilisateur prend la responsabilité du choix et de la synthèse des éléments de la période précontractuelle qu'il considère comme essentiels.

Elle suppose donc un utilisateur parfaitement informé ou conseillé.

ANNEXE 1 : LETTRE D'INTENTION (55)

Messieurs,

Nous avons l'intention d'acquérir un système informatique afin d'automatiser certaines fonctions de la gestion de notre entreprise. Connaissant votre réputation, nous désirons savoir si vous souhaitez présenter votre candidature pour la fourniture des biens et services liés à cette informatisation.

La principale activité de notre entreprise est la distribution de béton et de produits connexes, ainsi que la prestation de certains services liés à cette distribution. Les procédés de facturation propres à ce secteur d'activité font intervenir un nombre important de paramètres, ainsi que la notion de marché au sein duquel des prix peuvent être négociés. Ces procédés induisent une charge importante pour notre département de comptabilité, charge que nous tenons, par l'informatisation, à réduire fortement.

La première application à automatiser est la comptabilité générale. Celle-ci doit être conforme à la loi du 17 juillet 1975. La société doit satisfaire les exigences imposées à la catégorie des « Grandes Entreprises ».

En second lieu, et pour rencontrer au mieux l'objectif décrit ci-dessus, nous souhaitons automatiser au maximum les procédés de facturation aux clients.

Ces deux applications devraient être mises en place pour le 1^{er} janvier 1982. A plus long terme (1^{er} janvier 1984), nous envisageons d'étendre le traitement informatique aux applications de comptabilité analytique et de traitement de textes.

Au départ, nous souhaitons acquérir un système supportant un terminal et une imprimante. Le nombre de terminaux devrait pouvoir être étendu, sans toutefois excéder un maximum de trois. Ces terminaux devraient, dans ce cas, pouvoir être utilisés simultanément pour des applications différentes.

Avant de vous faire parvenir un appel d'offres plus détaillé, nous souhaiterions vous poser quelques questions :

1. Disposez-vous de progiciels standards (packages) susceptibles de répondre aux besoins exposés ci-dessus ?
2. Les produits que vous estimez nécessaires pour l'élaboration du système souhaité ont-ils déjà fait l'objet d'une commercialisation en Belgique ? Si oui, êtes-vous disposé à nous en fournir les références ?
3. Avez-vous une expérience dans des applications propres à notre secteur d'activité ? Si oui, lesquelles ?
4. Etes-vous disposé à répondre à un questionnaire plus détaillé, qui sera joint à l'appel d'offres, en respectant certaines contraintes de présentation des réponses (en particulier, la numérotation) ?
5. Dans le cas où nous estimerions pouvoir retenir votre offre, êtes-vous disposé à discuter avec nous un modèle de contrat, sur base des propositions faites tant par vous que par nous ?

(55) Cette lettre d'intention a été rendue anonyme.

6. Etes-vous disposé à inclure un cahier des charges, élaboré conjointement par vous et par nous, dans le contrat ?
7. Dans le cas d'un accord, êtes-vous disposé à supporter l'unique responsabilité, pour l'ensemble des produits fournis, même si une partie de ceux-ci le sont par vos éventuels sous-traitants ?

Nous vous saurions gré de bien vouloir nous faire parvenir votre réponse au plus tôt, et en tout cas avant le 15 mai 1981.

ANNEXE 2 : PRÉAMBULE-TYPE

CONTRAT N° ...

PRÉAMBULE :

Attendu que le Client désire disposer pour sa Branche d'un système informatique de gestion de la production, fournissant dans des conditions normales les prestations et résultats décrits au cahier des charges établi par lui en juin 1981, remis à divers fournisseurs potentiels dont Y. et constituant l'annexe 5 au présent contrat.

Attendu que la fourniture d'un tel système implique :

- la fourniture avec transfert de propriété au Client des éléments du matériel nécessaires à l'obtention des résultats recherchés ;
- la mise à disposition du Client pour le bon fonctionnement de ce matériel, du logiciel standard nécessaire à l'obtention des résultats recherchés ;
- l'élaboration pour le Client et la fourniture en propriété d'un logiciel spécifiquement adapté à ses besoins tels que définis dans le cahier des charges précité et permettant au matériel fourni de réaliser effectivement les résultats spécifiques visés audit cahier ;
- l'assistance à la mise en route du système et la formation des utilisateurs.

Que l'ensemble de ces fournitures est indivisible et que le système informatique ne peut être réputé fourni au Client qu'au moment où il a à sa disposition un ensemble susceptible de produire effectivement dans des conditions normales, toutes les prestations et résultats du cahier des charges.

Que le client souhaite dès lors traiter avec un fournisseur s'engageant à lui procurer un tel ensemble même si ce fournisseur sous-traite sous sa responsabilité, les prestations concernant le logiciel d'application.

Attendu que Y. s'est présenté comme étant capable et désireux d'être ce fournisseur de système et qu'il a remis offre.

Attendu que la société mère de Y., la société Z., est disposée à se porter caution solidaire de Y. pour la bonne exécution par Y. de toutes ses obligations découlant du présent contrat.

Si est-il que les parties sont convenues de ce qui suit.