

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les contrats informatiques

Poullet, Yves; Poullet, Pierre

Published in:

Droit et Pratique du Commerce International

Publication date:

1982

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y & Poullet, P 1982, 'Les contrats informatiques: réflexions sur 10 ans de jurisprudence belge et française. II : Les obligations des parties pendant l'exécution du contrat', *Droit et Pratique du Commerce International*, vol. 8, numéro 2, pp. 237-309.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les Contrats Informatiques :

Réflexions sur dix ans de jurisprudence
belge et française

DEUXIÈME PARTIE***

Pierre* et Yves
POULLET **

Centre Informatique
et Droit
Namur

P L A N

TITRE II :

LES OBLIGATIONS DES PARTIES PENDANT L'EXECUTION DU CONTRAT

I. Les différents types de contrats possibles

- 22. Les différents éléments du système informatique
- 23. Contrats et éléments : les différentes prestations
- 24. La nature des contrats portant sur des prestations séparées
- 24 bis. La nature des contrats portant sur un ensemble de prestations :
contrat d'entreprise ou de vente, l'enjeu de la distinction
- 24 ter. Contrat mixte ou contrat « clés en main »

II. Les obligations des parties dans un contrat informatique de vente

- 25. Présentation de la question

A. OBLIGATIONS DU FOURNISSEUR

- a. OBLIGATION POUR LE FOURNISSEUR DE LIVRER UN SYSTÈME CONFORME À LA DEMANDE DU CLIENT
DANS LE DÉLAI CONVENU
- 26. Le double contenu de l'obligation de délivrance et la conséquence juridique affirmée
par le tribunal de commerce de Bruxelles : Obligations de moyens et de résultat
- 27. Critique de cette distinction

— l'obligation de délivrance au délai convenu

*** La première partie de cette étude est parue dans notre numéro 1/1982,
pp. 87 à 108.
* P. Poullet, juriste informaticien au sein d'une banque.
* Y. Poullet, chargé de cours à la faculté de Droit de Namur.
SEMINAIRE : Les Contrats Informatiques, NAMUR, février et mars 1981.

28. La notion de mise à disposition, la notion de délai convenu
– **l'obligation de conformité**
29. Les questions posées
30. Le moment de l'appréciation de la conformité : les deux arrêts de la cour d'appel de Paris
31. L'obligation de bonne foi du fournisseur dans la mise au point
32. Les modalités de contrôle de la conformité
33. L'appréciation de la conformité : spécification fonctionnelle ou spécification technique; les clauses de non-conformité fonctionnelle; leur validité; la conformité fonctionnelle minimale
34. Conclusion : l'obligation de conformité au regard d'autres obligations éventuelles du vendeur : la décision du tribunal de commerce de Bruxelles et de la cour d'appel de Paris
35. Sanctions de la non-conformité

b. L'OBLIGATION DE GARANTIR LE BON FONCTIONNEMENT DU SYSTÈME

36. Garantie légale et garanties conventionnelles
 - La garantie des vices cachés
37. Son extension
 - La notion de vice caché
38. Vice intrinsèque ou extrinsèque
39. Vice caché
 - La sanction
40. Les questions préalables : le bref délai et les clauses de non-responsabilité
41. La triple option
 - La garantie de bon fonctionnement
42. Contenu, signification et effets

c. L'OBLIGATION CONTRACTUELLE DE CONSEIL

43. Les différentes hypothèses
44. Les conditions de la responsabilité du conseiller : la faute du conseil
45. Le dommage et le lien de causalité
Remarques finales : les clauses de délimitation de responsabilité et la responsabilité professionnelle du fournisseur
46. Les clauses de délimitation de responsabilité, variété, validité et effets
47. La responsabilité professionnelle : responsabilité contractuelle et délictuelle

B. L'OBLIGATION POUR L'UTILISATEUR DE PRENDRE LIVRAISON, DE COLLABORER ET DE PAYER LE PRIX

a. L'OBLIGATION DE PRENDRE LIVRAISON

48. La signification de cette obligation

b. L'OBLIGATION DE COLLABORER

- 49. L'obligation de collaborer aux différents stades de l'exécution du contrat
- 50. Deux applications jurisprudentielles

c. L'OBLIGATION DE PAYER LE PRIX

- 51. L'exigence d'un prix déterminé ou déterminable

Annexe : la clause pénale

- 52. Les enseignements doctrinaux et jurisprudentiels

C. LES VICES DE CONSENTEMENT ET LE CONTRAT INFORMATIQUE

- 53. L'intérêt de l'étude des vices de consentement

a. L'ERREUR

- 54. Les conditions à la prise en considération de l'erreur
- 55. La sanction de l'erreur

b. LE DOL

- 56. Le dol et la réticence : les cas jurisprudentiels
- 57. La sanction contractuelle et précontractuelle du dol

CONCLUSION

- 58. Les limites de l'originalité du droit du contrat informatique
- 59. Intérêt de l'étude

TITRE II :

Data Processing

LES OBLIGATIONS DES PARTIES PENDANT L'EXÉCUTION DU CONTRAT

I. LES DIFFÉRENTS TYPES DE CONTRATS POSSIBLES

Before examining the different types of contracts...

22. Nous avons noté⁸³ la complexité de l'opération informatique et la multiplicité des prestations auxquelles elle pouvait donner lieu. Il importe à ce moment-ci de qualifier les diverses sortes de contrats auxquels ces prestations unies ou envisagées séparément pourront donner lieu.

The authors define the elements of a data processing system.

Avant d'aborder cette analyse, il est peut-être bon de donner une définition des éléments d'un système informatique. Ainsi on distingue⁸⁴ :

- *Hardware*
 - *Software, which is composed of*
 - *System software and*
- le matériel (Hardware), ensemble de composants, cartes, connecteurs, etc. c'est-à-dire des éléments physiques qui constituent un ordinateur;
 - le logiciel (Software), qui désigne l'ensemble des programmes utilisés sur un ordinateur. On peut décomposer le logiciel en logiciel de base et logiciel(s) d'application :
 - le logiciel de base (ou système d'exploitation) comprend le système d'exploitation (operating system, O.S.) et certains programmes utilitaires (compilateur, assembleur, éditeur...) : c'est l'ensemble des programmes qui permettent l'utilisation du matériel

83. Cf. supra n° 2.

84. Toutes ces définitions sont tirées du «Lexicon» réalisé par J.-P. Adams; Fun Computer Science Lab-UNIX System, Namur, 1981. On peut trouver des définitions semblables notamment in J.-P. Meinadier, «Structure et fonctionnement des ordinateurs», Paris, Larousse, 1975.

de l'ordinateur et qui, en pratique, évitent de devoir opérer manuellement sur la machine proprement dite;

- le logiciel d'application (application Software) est l'ensemble des programmes répondant à la demande spécifique du traitement d'une application. Certains de ces logiciels d'application sont standardisés. On parle alors de «progiciel» («package») c'est-à-dire d'ensemble complet et documenté de programmes fournis par le constructeur de l'ordinateur ou une société de services et exécutant les tâches liées à une ou plusieurs applications.

Les progiciels sont conçus pour être fournis à plusieurs utilisateurs ou groupes d'utilisateurs en vue d'une même application ou d'une même fonction.

Il faudrait noter en outre certains accessoires, périphériques ou terminaux⁸⁵, mémoires externes (disques, bandes magnétiques, disquettes⁸⁶ etc.).

23. A la complexité des éléments informatiques s'ajoute la complexité des prestations informatiques. Nous avons déjà évoqué l'analogie entre certains contrats informatiques et des contrats de construction d'installations industrielles complètes⁸⁷. Les prestations y sont aussi variées et de nature semblable. On peut noter dans l'ordre chronologique :

- le travail de conception d'étude : Quel est le système informatique adapté aux besoins de l'entreprise à mettre en place ? Quel impact la mise en place du système peut-il avoir sur l'organisation de l'entreprise ? De façon moins globale, ce travail de concep-

— *applications software, including software packages which are standard computer programs supplied by equipment manufacturers or specialist software houses.*

Accessories, terminals, disks and magnetic tapes.

The services are also complex and may be likened to the construction of turnkey installations :

— *Preliminary study*

85. «Terminal, type de terminal où le dialogue homme-machine est visualisé sur un écran (éventuellement video)». «Périphérique (Peripheral), équipement connexe à l'ordinateur. Il s'agit essentiellement de dispositifs de mémoire de masse et d'échange avec l'extérieur.»

86. «Unité bande magnétique (Magnetic Tape Driver) : équipement périphérique assurant le transport de la bande magnétique devant les têtes ainsi que les opérations de lecture/écriture sur bande.»

«Unité disque (Disk Driver) : équipement périphérique assurant les opérations de lecture/écriture sur le disque magnétique.»

«Unité disquette (Floppy Disk Driver) : équipement périphérique assurant des opérations de lecture/écriture sur les disquettes magnétiques.»

87. Sur cette similitude, en particulier G. Viney, «La responsabilité des entreprises prestataires de conseils», JCP, 1975, II, 2750, n° 37.

tion peut porter sur une application particulière, le matériel et logiciel de base étant déjà acquis. L'objet de ce travail est proche de celui d'un contrat «ingénierie»⁸⁸;

– *Supply of hardware and software*

– *Licensing of rights (patents or programs)*

– *Training user's personnel*

– *Technical assistance or system maintenance.*

– la fourniture de certains biens : le matériel, les programmes, la documentation, terminaux et autres;

– le transfert de certains droits intellectuels : licence de brevets ou de programmes;

– la formation du personnel de l'entreprise;

– l'assistance technique ou la maintenance du système. Cette maintenance peut se limiter à la réparation des pannes ou erreurs (bug) ou s'étendre à l'acquisition de nouveaux programmes (release) en remplacement de programmes désuets⁸⁹.

A data processing contract may concern one or all of these services. In the latter case, it is like an industrial turnkey contract, in that a complete data processing system is to be supplied which is adapted to the particular user's needs.

Un contrat informatique peut ne concerner qu'une prestation ou porter sur l'ensemble de celles-ci. Dans la seconde hypothèse, on parle — et l'analogie avec le contrat de construction d'ensemble industriel se prolonge — de contrat «clef sur porte». Il s'agit alors de la fourniture d'un système informatique complet. Un «système clef sur porte» (turnkey system) comprend «un système complet, c'est-à-dire l'ordinateur, ses périphériques, ses terminaux, son système d'exploitation, et tous les programmes d'applications nécessaires, ainsi que leur documentation, système fourni et maintenu comme un tout cohérent, répondant aux besoins spécifiques d'un utilisateur». Nombre de contrats OEM sont des contrats «clef sur porte»^{89 bis}.

Contracts for only one or a few services are, however, frequent because :

– *Suppliers may be different for each group of services : constructors furnishing hardware and software; service bureaus supplying application software and technical assistance.*

La première hypothèse est fréquente : les différentes prestations font l'objet de contrats distincts. Le fait s'explique par deux raisons :

– les fournisseurs des différentes prestations peuvent

⁸⁸. Sur les contrats d'ingénierie, les articles de Le Tourneau, «L'évolution des rapports contractuels», P. Alard 1979, 240, et s., «Ingénierie» J. cl. comm., Annexes Fasc. 26, 27, 28, 29, 1977; Vercammen — Van den Vander, «Het engineeringscontract», TPR, 1980, 831.

⁸⁹. Comp. avec les différentes prestations de l'ensemblier, telles que décrites dans la thèse de Th. Hassler, «Les contrats de constructions d'ensembles industriels», Thèse, Strasbourg, 1979, 263.

^{89 bis}. Sur ces contrats, P. Durand-Barthez, «Les contrats de vente OEM dans l'industrie électronique», DPCI, 1980, 526.

ne pas être les mêmes personnes ^{89 ter}. Tel constructeur livrera matériel et logiciel de base, telle société de services concevra le logiciel d'application adapté à ses besoins, une troisième personne pouvant intervenir pour l'assistance technique;

- l'autre raison est juridique, la séparation des contrats présente un intérêt pour le fournisseur. L'annulation d'un contrat n'entraîne pas nécessairement ⁹⁰ l'annulation d'un autre contrat avec lequel il forme pourtant un tout économique ⁹¹.

24. Quelle est la nature de ces différents contrats ?

Envisageons dans un premier temps les contrats portant sur des prestations séparées. Il est bien évident que le contrat portant sur la fourniture d'un matériel et d'un logiciel de base est un contrat de vente ou de location, voire de leasing.

La soi-disant «fourniture» d'un logiciel d'application est plus problématique. La société de conseils appelée à concevoir un programme adapté aux besoins spécifiques d'une entreprise s'engage à une prestation essentiellement intellectuelle. La fourniture de biens matériels - programme, documents nécessaires à la bonne gestion du programme - n'est que l'accessoire de cette presta-

- Separate contracts provide the supplier with legal security because the cancellation of one will not necessarily involve cancellation of another to which it is economically related. What is the nature of these different contracts ? Contracts for material and software are either a sale or leasing contract...

Whereas in the authors' opinion a contract to supply a software package by a specialist house adapted to the client's specific needs is for services since the material (eg programs, documents) are secondary to the intellectual element. Hence under French law, a consultancy contract.

89 ter. S^m pose bien évidemment le problème de la «compatibilité».

90. Sauf emploi de la théorie de la cause ou de la condition expresse ou tacite.

91. Cf. *supra* n° 1, notre analyse de la décision Chauvin c. L'Arçonnerie où l'impossibilité de conclure le contrat de maintenance n'a pas entraîné la résolution de la vente.

Certains pourraient trouver dans la décision récente du tribunal de commerce de Paris du 9 mars 1981 (Seproma c. Cogec, *Expertises*, n° 29, 1981, 5 et s.) un argument contraire. En l'occurrence, la société Cogec s'était engagée à fournir à la fois un matériel, le logiciel de base et des programmes d'application. Incapable de fournir le logiciel d'application, Cogec demande à une société tierce de pourvoir à son remplacement. Cette société ne peut livrer le programme souhaité. Seproma réclame l'annulation du contrat. Le tribunal la lui accorde alors que Cogec fait valoir qu'elle a fourni le matériel et le logiciel de base : «Si le matériel et ses accessoires indispensables nécessaires, principalement le logiciel, faute duquel il serait inutilisable, ne donnent pas satisfaction, le contrat doit être considéré comme sans utilité pour l'utilisateur.» Ainsi, le tribunal de commerce a considéré que le matériel et le logiciel d'application étaient un tout et que le défaut de l'un permettait l'annulation du contrat. Il faut cependant remarquer qu'en l'occurrence, la fourniture du matériel et du logiciel d'application était l'objet d'un seul contrat. Que se serait-il passé si le fournisseur avait établi deux contrats distincts ?

tion principale qui à notre avis est de service^{91 bis}. L'article 1779, alinéa 3, s'applique aux ouvrages de toute espèce; il n'exclut pas ceux où domine l'élément intellectuel^{91 ter}. Il y a donc contrat d'entreprise ou, création doctrinale française, contrat de conseil⁹².

Savatier, who named this type of contract, characterized it as a sales contracts. The authors take issue with the applicability of these rules, and they will discuss the differences below.

La dénomination «contrat de conseil» suscite une question. Son inventeur, Savatier, parle en effet du contrat de conseil comme d'une «vente de service»⁹³ et étend dès lors à ces contrats les règles du contrat de vente^{93 bis}. Cette dernière affirmation est inacceptable. Les règles du contrat d'entreprise restent différentes de celles du contrat de vente. Leurs structures sont différentes même si elle peuvent à l'occasion se compléter

91 bis. Nous appliquons ici le critère de la valeur : «Il consiste à comparer le travail par rapport à la matière. Si la valeur du travail est supérieure à la valeur de la matière, il y a entreprise.» Sur ce critère, G. Goubeaux, «La règle de l'accessoire en droit privé», Thèse, 1969, n° 150; M.A. Flamme, et J. Lepaffe, «Le contrat d'entreprise», Bruxelles, 1966, n° 23-33; G. Van Hecke, «De la nature du contrat d'entreprise, dans lequel l'entrepreneur fournit la matière», R.C.J.B., 1951, 100. Pour une application à la «vente des rideaux», Cass. 27 avril 1976, J.C.P., 1977, II, 18.635.

91 ter. Cass. 13 octobre 1910, Pas. 1910, I, 443; Cf. cependant l'attendu malheureux de la Cour de cassation française du 19 février 1968 (D. 1968, 393) : «Le contrat d'entreprise est une convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter en toute indépendance un ouvrage par l'accomplissement de simples actes matériels.» Cet attendu est démenti par l'article 1779 3° nouveau (loi du 3 janvier 1967) qui comprend comme espèce principale de louage d'ouvrage et d'industrie «celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés».

92. C'est à Savatier que revient l'honneur de cette création. R. Savatier, «Les contrats de conseil professionnel en droit privé», D. 1972, Chron., 138 et s.; M.F. Mialon, «Contribution à l'étude juridique d'un contrat de conseil», R.T.D.C., 1973, 5 et s. Certains auteurs (à cet égard notamment, G. Cornu, Chronique, R.T.D. comm., 1971, 870) évoquent l'analogie entre les contrats informatiques et le contrat de conseil : «un parallèle se dessine avec la responsabilité du conseiller de gestion dans le contrat d'organisation d'entreprise». Cf. aussi Trib. comm. Brux. 2 février 1976, Rev. dr. intell., 1976, 368.

93. R. Savatier, «La vente de services», D. 1971, Chron., 223 et s.; du même auteur, «Les contrats de conseil professionnel en droit privé», D. 1972, Chron., 138 et s.; M.F. Mialon, «Contribution à l'étude juridique d'un contrat de conseil», R.T.D.C., 1973, 5 et s.; la qualification «vente de services» est adoptée en droit belge par M.A. Flamme «Le contrat d'entreprise, 10 ans de jurisprudence», J.T., 1976, n° 7.

Elle est rejetée par G. Viney, «La responsabilité des entreprises prestataires de conseils», J.C.P. 1975, I, 2750, n° 38.

93 bis. Cf. à cet égard Cass. 6 décembre 1972, D. 1973, IR. 7 qui applique la garantie des vices cachés à un contrat de conseil. Nous reviendrons sur cette question, *infra* n° 37.

comme nous le montrerons pour des contrats informatiques plus complexes.

La «fourniture» d'un progiciel peut-elle, par contre, être qualifiée de «vente ou location»? Dans la mesure où l'application est standardisée et connue⁹⁴, la prestation de la société informatique n'est plus un service intellectuel et se confond avec la mise à la disposition de biens déterminés (programmes, documentation) avec laquelle la valeur du progiciel se confond.

Il est bien évident enfin que les contrats de maintenance, d'assistance technique et de conception sont des contrats d'entreprise. Nous ne pouvons malheureusement les aborder dans le cadre de cette étude.

24^{bis}. La qualification des contrats complexes est plus difficile encore. Lorsqu'une entreprise informatique, par contrat, se charge de la conception de la fourniture et de la maintenance d'un système informatique adapté aux besoins de l'entreprise, quelle est la nature d'un tel contrat?

On peut s'étonner de ne trouver ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence de réponse à cette question délicate et dont l'importance n'échappe à personne. En effet, si les règles relatives à la responsabilité du vendeur quant à la conformité et les vices cachés⁹⁵ sont relativement précises, il n'en est pas de même pour le contrat d'entreprise où on se réfère volontiers à la responsabilité professionnelle^{95 bis} de l'entrepreneur. Ensuite, la question délicate de la détermination des prix est traitée plus soupagement en matière de contrat d'entreprise.

The supply of software may be characterized as either a sale or lease; where the application is standardized and known; where the intellectual element is less important.

Evidently, maintenance, technical assistance and conception are consultancy contracts.

What is the nature of a contract whereby a specialist house conceives the specially adapted programs and maintains them?

Neither the case law nor the legal writers have provided a reply. If there are precise rules governing the seller's liability for conformity and hidden defects, the same is not true for consultancy contracts where reference is to professional responsibility. Moreover, determining the price is more flexible in consultancy contracts.

94. Cf. *supra* n° 22, la définition du «progiciel».

95. Encore qu'on note une certaine tendance à propos des contrats d'entreprise de construction à étendre la garantie des vices cachés en y voyant un contrat mixte (Trib. comm. Brux. 25 septembre 1972, J.C.B. 1973, 263).

En France, la garantie des vices cachés a été étendue au contrat d'entreprise mobilière (Cass. 18 octobre 1911, D. 1912, I, 113). A cet égard, en droit français, cf. la thèse de G. Gross, «La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats», Thèse, Paris, 1964, n° 30 et la jurisprudence citée.

95 bis. Cf. *infra* n° 44.

Finally and above all, final acceptance is different in the two types of contracts. Applying the majority opinion of legal writers, the Brussels Court of Appeals announced the following principles :

1. The principles of constructors' contractual liability are that the definitive acceptance terminates this responsibility except for serious defects for which there is a 10 year statute of limitations.

2. The application of these principles to sales contracts is inappropriate because under a guarantee the seller's liability for hidden defects is only for serious defects, this liability is not applicable to neither constructors, nor engineers nor architects.

3. The court condemns the incoherence of the proposed system which would hold constructs liable for 30 years for minor hidden defects and only 10 years for much more serious defects.

Enfin et surtout, la «réception» a une portée différente suivant que l'on se trouve dans un contrat d'entreprise ou un contrat de vente^{95 ter}. A la suite de la doctrine belge dominante, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles⁹⁶ émet les principes suivants :

1) Les travaux préparatoires révèlent la volonté des auteurs du Code civil, d'une part que la réception définitive mette fin à la responsabilité contractuelle des constructeurs, d'autre part, qu'en raison des conséquences possibles de vices importants il soit dérogé à cette exonération par les articles 1792 et 2270 pour les seuls contrats de construction.

2) L'argument analogique avec les principes de la vente procède d'une analyse inexacte de ceux-ci et pourrait même être allégué à l'encontre de la thèse qui l'invoque puisque la garantie n'est due par le vendeur à raison des défauts cachés de la chose vendue que pour les vices rédhibitoires, c'est-à-dire graves (outre que la responsabilité ainsi édictée par application analogique des articles 1641 s. ne pèserait nécessairement que sur l'entrepreneur, seul «vendeur» de matériaux et n'affecterait ni les architectes ni les ingénieurs ou bureaux d'études !).

3) Comment ne pas dénoncer l'illogisme d'un système dans lequel les constructeurs seraient tenus pendant trente ans pour les vices cachés véniels alors qu'ils seraient déchargés après dix ans des vices les plus graves^{96 bis} ?

95 ter. Nous reviendrons plus tard sur la signification ingénieuse que M. Bensoussan donne à ces «réceptions» dans le cadre d'un contrat de vente. Il s'agit pour lui d'un contrôle de conformité et non d'une réception au sens du contrat d'entreprise.

96. Bruxelles 6 octobre 1973, J.T. 1974, 43 avec la note d'approbation de P. Rigaux; Bruxelles 16 octobre 1973, inédit (cité par Flamme, Chronique de jurisprudence, Le contrat d'entreprise, J.T. 1976, n° 64). Cf. aussi Simont-de Gavre, Les contrats spéciaux, Chron. de jurisprudence, R.C.J.B., 1977; en droit français, B. Soinne, note sous Cass. 7 mars 1968, D. 1970, 27 et du même auteur, «La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux», L.G.D.J., Paris 1969, 384.

96 bis. Flamme, Chron. citée, n° 64 in fine.

Le droit français, notons-le, a constitué depuis 1967 un système particulier de responsabilité biennale de l'entrepreneur pour les vices mineurs^{96 ter}. Ce système n'existe cependant que pour les contrats d'entreprise de construction.

French law has introduced since 1967, a two year statute for minor defects but only limited to construction consultancy contracts.

Ainsi, le choix : contrat d'entreprise - contrat de vente peut avoir de graves conséquences. L'utilisateur d'un système informatique devra se contenter des garanties conventionnelles stipulées au contrat qualifié de contrat d'entreprise; il pourra éventuellement⁹⁷ réclamer le bénéfice de la garantie des vices cachés si le contrat est qualifié de vente. Enfin, comment ne pas évoquer l'article 1794 qui permet la résiliation unilatérale du contrat d'entreprise à prix fait, chose impossible en matière de contrat de vente.

Therefore the choice between sales and consultancy contracts may have serious consequences: if the contract is characterized as a sale, the data processing user can invoke hidden defects whereas under a consultancy contract sole recourse is to the guarantees.

24^{ter}. On connaît les efforts actuels de la doctrine et de la jurisprudence belges et françaises en faveur de la théorie du contrat mixte qui répond comme le note M. Flamme^{97 bis} à une réalité économique rebelle aux cloisonnements. Un contrat peut être à la fois d'entreprise et de vente⁹⁸. La loi belge du 9 juillet 1971 sur la vente d'habitations à construire^{98 bis} adopte et consacre

Both Belgian and French case law and legal writers advocate a mixed contract theory. The July 9, 1971 Belgian law adopted this theory for kit homes and legal writers argue that turnkey installations are sui generis mixed contracts.

96 ter. Loi du 3 janvier 1967, art. 1792, 3 modifié par la loi du 4 janvier 1978 : «Les autres éléments d'équipements du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage.»

97. Sur cette restriction, *infra* n° 40 sur les clauses de non-responsabilité en matière de vices cachés.

97 bis. Flamme, *op. cit.*, n° 6.

98. A cet égard, la décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 25 septembre 1972, J.C.B. 1973, 263, approuvée par Flamme (*op. cit.* n° 6) et Simont-de Gavre (*op. cit.*, n° 189) qui considère que l'établissement de plans, la livraison et le placement d'appareils d'épuration des eaux dans une clinique est un contrat mixte et qu'en ce qui concerne la livraison du matériel, les principes du contrat de vente sont applicables. Voir aussi Cass. 19 juin 1980, J.T. 1980, 616. En droit français, à propos de l'installation et de la conception de serres, Cas. 23 janvier 1978, J.C.P. 1978, IV, 103 et une décision arbitrale de la C.C.I., n° 1434, de 1975. Clunet 1976, 978, obs. Y. Derains.

98 bis. «Les conventions visées à l'article premier sont régies par les dispositions du Code civil relatives à la vente ou au louage d'ouvrage et d'industrie par suite de devis ou de marché, sous réserve des dérogations prévues par la présente loi.» (Article 3 de la loi; cf. aussi les articles 5 et 6).

cette notion. Enfin, il semble que la doctrine ^{98 ter} cherche à voir dans le contrat de construction d'installation industrielle complète un contrat mixte, voire un contrat *sui generis* constitué par un alliage de diverses obligations.

Does the mixed contract theory apply here? Case law appears to have adopted the sales characterization for the supply of intellectual services.

Tous ces précédents cités en faveur du contrat mixte peuvent-ils s'appliquer ici? Remarquons que la qualification «contrat de vente» s'est imposée dans ces contrats, malgré la règle «*superficies solo ceo.t*» ⁹⁹. Dans le cas où la prestation de services n'est pas la construction d'un immeuble mais porte sur des opérations intellectuelles comme c'est le cas en notre matière, il semble que la jurisprudence s'en tienne à la vente ^{99 bis}.

Should this characterization be accepted? In most of these contracts, the parties have entitled them sales contracts but these contracts include clauses found in consultancy contracts. Therefore the parties' characterization is not controlling.

Faut-il s'en tenir à cette affirmation et qualifier tout contrat informatique global de «vente»? Remarquons d'abord que, si cette qualification répond à la dénomination choisie par les parties, elle se heurte cependant à l'adoption de certains termes qui se réfèrent explicitement au contrat d'entreprise ^{99 ter} et que, dès lors, aucun

^{98 ter}. Lire à ce propos les remarquables développements de la thèse de Hassler, «Les contrats de construction d'installation industrielle complète», thèse citée, n° 230 et s. et de B. Teyssié, «Les groupes de contrats», thèse, Paris, 1975. Remarquons que la question de la qualification, moins importante dans de tels contrats généralement soumis à un arbitrage en équité et dans des opérations internationales, se révèle par contre décisive dans les contrats informatiques qui ne présentent pas ces particularités.

⁹⁹. Sur cette règle et sa force d'attraction: J. Hansenne, «De l'engineering à la fourniture de complexe clés sur porte», in Contrats d'engineering, Liège, 1964, p. 45; J. Cl. Goldsmith, «Etude générale des conditions et des limites de la responsabilité des bureaux d'ingénierie», G.P., 1976, 1, doct. 6.

^{99 bis}. «En définitive, écrit Hassler (*op. cit.* n° 252), seule la construction d'un édifice entraîne une qualification d'entreprise. En revanche, la cession d'équipements, du moins dans le domaine industriel, relève toujours de la vente.» Cf. dans la jurisprudence française, l'arrêt très significatif, Cass. 16 mars 1977, J.C.P. 1978, II, 18913, note Hassler. Il s'agissait de la conception, fourniture et installation d'un turbo-alternateur. Le contrat fut qualifié de vente alors que le critère de la valeur indiscutablement penchait pour le contrat d'entreprise. De façon plus nuancée, Flamme, Chron. citée, n° 6: «S'agissant de choses mobilières, la vente conserve des partisans...» et les exemples repris.

^{99 ter}. Nous avons noté l'emploi dans les contrats informatiques des termes de «réception provisoire» et de «réception définitive» tirés des contrats d'entreprise «marchés publics».

enseignement ne peut être tiré du choix de cette dénomination ¹⁰⁰.

Viney ^{100 bis} introduit une distinction qui mériterait certes d'être longuement approfondie. Elle s'appuie sur une considération psychologique ^{100 ter} et néglige le critère de la valeur. Selon cet auteur, le contrat devra être qualifié de «mixte» ou plutôt de «double» si l'utilisateur a gardé une certaine liberté face au choix du fournisseur; il sera qualifié de «vente» s'il s'en est remis complètement à l'initiative du fournisseur ¹⁰¹, en d'autres termes, s'il s'agit d'un réel contrat «clé en main». «Le contrat de vente prend alors une telle importance qu'il en vient à masquer complètement le contrat de conseil ^{101 bis}». «Que la fourniture procède de la vente plutôt que du louage d'ouvrage s'explique par le fait que les parties, au moment de la conclusion du contrat, ont pensé au but et non pas aux moyens. Envisager les moyens, c'est tenir compte de la façon de fabriquer, de la manière de travailler; c'est faire référence au contrat de louage d'ouvrage. Penser au but, c'est n'attacher de l'importance qu'à la machine qui, une fois fabriquée, permettra de produire dans les conditions qui ont été prévues; ici les moyens sont indifférents, seule la matière compte, car c'est elle qui est la cause du contrat ¹⁰².

Viney's distinction, which merity further reflection, is based on psychological rather than value considerations and poses that if the user retains relative freedom to select the supplier, the contract should be characterized as «mixed» or «double». The term «sale» used where the supplier has the total initiative, eg, a real turnkey contract, which as Viney points out is only concerned with the result and not the means.

Dans les autres hypothèses, celles où l'utilisateur

Where the user retains rel-

100. Sauf à adopter à la lettre la solution légale française du nouveau code de procédure civile qui permet aux contractants de choisir librement, lors de l'élaboration de la convention, le régime juridique sous lequel ils entendent placer le contrat (art. 12, alin. 4).

100 bis. G. Viney, «La responsabilité des entreprises prestataires de conseils», J.C.P. 1975, I, 2750, n° 39.

100 ter. Comp. la déclaration de Flamme se référant à Hannequart : «Le développement des phénomènes contemporains de l'ingénierie et de la promotion immobilière a confirmé une nette propension à la vente et ce pour des motifs peut-être moins juridiques que psychologiques» (Chron. citée, n° 7).

101. Comp. les décisions belges qui adoptaient (avant la loi de 1971) la qualification de vente lorsque le maître de l'ouvrage n'a pas eu la liberté d'imposer son plan (Trib. comm. Brux. 17 octobre 1968, Entr. et Dr., 1974, 266, note P. Rigaux; Trib. comm. Liège 22 mars 1971, La construction, 6 avril 1974, 19; Brux. 22 juin 1966, J.T. 1966, 615. En France, not. Paris 18 février 1977, J.C.P. 1977, II, 18675, observ. P. Malinvaud).

101 bis. Dans le même sens, Y. Hannequart, «Le droit de la construction», Bruxelles, 1974, n° 45; Ph. Le Tourneau, «Ingénierie», op. cit., fasc. 28, n° 9.

102. Ph. Hassler, op. cit., n° 250. Le principe a été dégagé par M. Goubaux dans sa thèse, «La règle de l'accessoire en droit privé», Paris, 1969, n° 152.3.

active freedom, eg, right to accept or reject proposals to reorganize his business, has or trains employees to work with the supplier who installs the system, the authors agree with Viney that the supplier is both advisor and seller. Hence there is a material guarantee obligation based on the sales or leasing rules, an obligation of advice concerning the choice of equipment and an assistance obligation extending not only to the technical aspects but also to adapting the business to the new techniques. Hence, a contract to acquire a complete data processing system is in fact two separate contracts: a sales or leasing contract and a consultancy contract. The law applicable to the defect will be based on the origin of the defect:

If the defect arises from the hardware or software, the sales rules should apply; if it arises from the intellectual contribution, the consultancy rules should apply.

garde une certaine initiative, notamment se réserve le droit d'agréer la solution de l'organisation de son entreprise ^{102 bis}, forme le cas échéant le personnel qualifié qui veillera avec le fournisseur à l'installation du système informatique et à la réorganisation de l'entreprise - il nous semble, avec Viney, que le fournisseur «cumule les qualités de conseil et de vendeur (ou de bailleur)». «Cette constatation conduit donc à accéder à une obligation de garantie définie sur la base des textes relatifs à la vente (ou au bail) et qui porte sur la bonne qualité du matériel, une obligation de conseil relative au choix du type d'appareils et éventuellement une obligation d'assistance non seulement sur le plan technique mais également en ce qui concerne l'adaptation à la situation créée par l'introduction de ce nouveau matériel.» Un contrat portant sur l'acquisition d'un système informatique complet serait donc en réalité un double contrat, contrat de vente ou de location, d'une part, contrat de service ou de conseil, d'autre part; les deux contrats ne se confondent pas en un contrat innomé mais au contraire gardent leur spécificité. Le régime juridique applicable serait alors fonction de l'origine du vice.

Si le dommage a pour origine la matière au sens large, matériel, logiciel de base et progiciel, on appliquerait le régime de la vente et le régime d'entreprise si le préjudice a pour source une faute dans la prestation intellectuelle ^{102 ter}. Nous aurons l'occasion de souligner l'intérêt de cette qualification double pour la solution des problèmes jurisprudentiels ^{102 quater}.

Ainsi, dès le départ, se pose au juge la difficile question de la qualification d'un contrat informatique global. La solution doit être dictée par l'examen des

^{102 bis}. Nous reviendrons sur ce problème de l'agrégation technique, *infra* n° 50.

^{102 ter}. En faveur de ces qualifications doubles, déjà Planiol Ripert. Droit civil français, T. 11, n° 912; Hassler (*op. cit.*, n° 247) relève à regret, une seule décision jurisprudentielle récente en ce sens, à propos d'une entreprise mobilière avec fourniture de matière, Cass. 23 janvier 1978, J.C.P., 1978, IV, 103.

^{102 quater}. Cf. à cet égard, nos réflexions, *infra* n° 34 à propos de deux décisions.

circonstances à travers lesquelles se révèle la commune intention des parties.

Résumons l'essentiel de nos propositions :

Contrat portant sur plusieurs éléments	Contrat portant sur un seul élément
1. <u>contrat mixte ou double</u> - vente et entreprise	1. matériel + logiciel de base → contrat de vente ou de location
	2. progiciel → contrat de vente ou de location
2. <u>contrat « clé en main »</u> - vente	3. logiciel d'application → contrat d'entreprise

Si nous allons essentiellement développé les obligations des parties dans le contrat de vente, les mêmes principes étant applicables à un contrat de location, nous donnerons cependant un bref aperçu de l'utilisation du contrat d'entreprise dans les contrats informatiques soit comme contrat séparé (conception d'un logiciel d'application), soit comme contrat jumelé (contrat double).

II. LES OBLIGATIONS DES PARTIES DANS UN CONTRAT INFORMATIQUE DE VENTE

25. Nous avons insisté sur le fait que les contrats informatiques de vente sont variés : ils portent tantôt sur un élément précis - vente d'un terminal, de mémoires externes, de progiciel ou du matériel de base, tantôt sur un complexe d'éléments - vente de systèmes informatiques complets soit par un contrat mixte ou double soit par un contrat «clés en main». Cette remarque est importante. Le contenu des diverses obligations du fournisseur et de l'utilisateur est différent suivant qu'il s'agisse de tel ou tel type de vente. Ainsi, nous le verrons, l'obligation de conformité dans la vente d'un système «clé en mains» ne peut s'apprécier de la même façon que dans la vente de disquettes.

As stated above, sales or leasing contracts may concern a specific item, eg, a terminal, or a series of items, eg, sale of complete data processing system under a double or a «turnkey» contract. The obligations of the contracting parties differ according to the nature of the contract, eg, the obligation to meet specifications is viewed differently in a turnkey contract than in the sale of memory disks.

Ce principe rappelé, envisageons successivement les obligations du fournisseur-vendeur (ou bailleur, les problèmes soulevés sont du même ordre) et celles de l'utilisateur-acheteur.

The supplier-seller has two main obligations :

- delivery of an objet meeting the client's specifications within the delay.

- Guarantee that the system functions correctly.

A. LES OBLIGATIONS DU VENDEUR

Les deux obligations principales du fournisseur-vendeur sont :

- l'obligation de livrer un objet conforme à la demande du client dans le délai convenu;

- l'obligation de garantir le bon fonctionnement du système.

Nous les étudierons successivement et dirons un mot de l'obligation contractuelle de conseil que souscrit éventuellement le fournisseur-vendeur.

a. L'OBLIGATION POUR LE FOURNISSEUR DE LIVRER UN OBJET CONFORME A LA DEMANDE DU CLIENT DANS LE DÉLAI CONVENU

The first obligation is two fold :

- Actual delivery of an object to the buyer at a certain date, which according to the Brussels Commercial Court is an obligation to achieve a result.

- Said objet meets specifications, which according to this Court is an obligation to achieve the means.

26. L'obligation de délivrance mise à charge du fournisseur est double : elle s'entend à la fois :

-- de la remise matérielle de l'objet à l'acheteur et cela à une certaine date;

- de la livraison d'un objet conforme à ce qui a été vendu.

La décision récente du tribunal de commerce de Bruxelles¹⁰³ tire une conséquence juridique importante de cette distinction :

103. Trib. comm. Brux. 18 février 1980.

- l'obligation de fourniture de l'objet dans le délai convenu est une obligation de résultat;
- l'obligation du fournisseur de respecter les performances décrites dans le cahier des charges, en d'autres termes, l'obligation de «conformité»^{103 bis}, est une obligation de moyens : elle dépend quant à son résultat de facteurs étrangers au fournisseur. Le succès de la mise au point dépend en effet des prestations de l'utilisateur^{103 ter}.

Les attendus du tribunal de commerce de Bruxelles¹⁰⁴ confirment l'enseignement constant de la jurisprudence et doctrine françaises^{104 bis}.

This decision confirms French case law.

Avant de développer chacune des obligations — obligation de délivrance *stricto sensu* d'une part, obligation de «conformité» de l'autre, notons l'intérêt que la doctrine a pu trouver dans cette distinction : obligation de moyens, obligation de résultat^{104 ter}.

103 bis. Même si la question de non-conformité n'était pas comme telle posée comme le remarque d'ailleurs le juge.

103 ter. «Attendu par conséquent que parce que dépendant, quant à son résultat de facteurs étrangers à la défenderesse, son engagement de «respecter» les performances demandées par le client dans le cahier des charges est une obligation de moyens.»

104. Cf. déjà Trib. comm. Brux. 2 février 1976, ECO c.UCC, Rev. dr. intell., 1976, 365 : «Or celle-ci (la jurisprudence française) enseigne que le bailleur d'un matériel d'informatique n'est pas tenu d'une obligation de résultat, mais seulement de moyens.»

104 bis. Paris, 12 juillet 1972, G.P. 1972, 2, 804, note Mégret; Ch. De Guardia «La responsabilité du vendeur et du bailleur d'ordinateurs», G.P., 1974, 2, 749; J. Cl. Fourgoux «Nature de l'obligation du fournisseur de matériel d'informatique», G.P., 1973, 2, 496; plus nuancé G. Vandenberghe «De aansprakelijkheid van de computerconstructeur», R.W., 1978, 1979, 84.

Comp. à propos du problème général de la vente d'objets mobiliers corporels, les réflexions de Ph. Le Tourneau «Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels», Rev. Trim. dr. comm., 1980, 241, n° 26 : «L'obligation de délivrance proprement dite est l'exemple type de l'obligation de résultat. L'acheteur se contente d'établir qu'il n'a rien reçu ou que la livraison a été tardive. Il n'a pas à prouver la faute du vendeur (Cass. 15 mai 1979, Bull. IV, n° 156). En revanche, l'obligation du vendeur est pour le surplus de moyens ce qui implique que l'acheteur démontre sa faute, en particulier à propos de la non-conformité.»

104 ter. J. Frossard «De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», Thèse, Lyon 1965; H. Mazeaud «Essai de classification des obligations» R.T.D.C., 1936, 1 et s; A. Tunc «La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens», J.C.P., 1945, I, 449.

The difference between the obligations to achieve a result and the means is capital for the burden of proof : if the lessor has an obligation to achieve a result, the lessee only has to prove the result was not achieved and the lessor will be held liable.

If the lessor only has to achieve the means, the lessee must prove that the lessor has been negligent.

The authors not only agree with Tunc and Vandenberghe that this distinction between result and means is inapplicable to the obligation to meet specifications; they consider that it is false because the question is that the thing delivers either does or does not meet specifications and is not the nature of obligation to meet specifications.

Il y a obligation de résultat «toutes les fois que le débiteur a pris l'engagement de parvenir au résultat en vue duquel le contrat a été conclu, autrement dit a promis ce résultat, obligation de moyens, lorsque le débiteur a pris l'engagement d'employer les moyens propres à obtenir»¹⁰⁵. L'intérêt pratique de cette distinction est capital sur la plan de la preuve¹⁰⁶. «Si le bailleur d'un matériel informatique était tenu d'une obligation de résultat, il suffirait au locataire de faire constater que le résultat n'a pas été atteint pour que le bailleur soit déclaré responsable de cet échec.»¹⁰⁷

Si le bailleur n'est au contraire tenu que d'une obligation de moyens, le locataire mécontent devra apporter la preuve «particulièrement difficile», note le tribunal de Bruxelles¹⁰⁸, d'une imprudence ou d'une négligence du bailleur.

27. Il nous apparaît que la distinction «obligation de moyens – obligation de résultat» appliquée à l'obligation de conformité est non simplement de peu d'utilité mais en outre fautive. Inutile, comme le fait remarquer Vandenberghe¹⁰⁹ à la suite de Tunc : «La différence entre les deux catégories résulte des circonstances et non d'une différence de degré ou d'intensité de l'obligation». A la limite, tout devient cas d'espèce¹¹⁰, «l'importance

105. A. Plancqueel «Obligation de moyens, obligation de résultat, essai de classification», R.T.D.C., 1972, 334. Comp. en droit belge, les définitions de Hannequart (Le droit de la construction, Bruxelles, 1974, 361, n° 502); L'obligation de résultat est «le devoir portant sur la création d'une situation envisagée dans une existence indépendante des actes accomplis pour la faire apparaître», celle des moyens «le devoir portant uniquement sur une conduite à adopter».

106. A cet égard, J. Storme, De Bewijslast, n° 416 et s; P. Van Ommeslaghe, Chronique de jurisprudence, Les obligations, R.C.J.B., 1975, 516.

107. Ch. De Guardia, art.cit., G.P., 1974, 2, 750.

108T. Trib. comm. Brux. 2 février 1976, Rev.dr.intell., 1976, 365.

109. G. Vandenberghe, op. cit., col. 83-84 et 85.

110. La décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 18 février 1980 le note d'ailleurs : «Attendu qu'en l'espèce, le succès de la mise au point, que la demanderesse interprétait comme une obligation de résultat dans le chef de la défenderesse, dépendrait de certains facteurs étrangers à celle-ci, notamment d'une part les possibilités du système S qui, bien que fourni par elle avait été choisi et agréé par la demanderesse en fonction des performances qu'il réalisait et d'autre part les prestations de la demanderesse elle-même qui assumait la programmation d'application.»

Cet attendu signifie clairement que le tribunal de commerce de Bruxelles aurait pu juger autrement si les circonstances de l'affaire eussent été différentes. «En réalité (un contrat informatique) comporte un ensemble d'obligations les unes déterminées ou de résultat, les autres de diligence et de moyen selon la volonté des parties» (G. Viney, op. cit., n° 21 et 53; J. Hansenne, De l'engineering à la fourniture de complexes «clés sur porte», Travaux de la CDVA, Liège, 1964, 52 et 53).

de la distinction entre les deux types d'obligation se justifie essentiellement dans le domaine de la preuve, mais, en pratique, le jugement ou l'arrêt à intervenir retiendra la responsabilité du fournisseur ou le dégagera à partir d'une analyse des faits considérés comme établis sans se préoccuper du problème de la charge de la preuve.¹¹¹ La distinction à propos de l'obligation de conformité est fautive, ajoutons-nous. Tout vendeur se doit de délivrer une chose conforme au contrat. Il n'y a pas là obligation de moyens... la chose livrée est conforme ou ne l'est pas. La seule question à se poser est l'appréciation de cette conformité et non celle de la nature de l'obligation de conformité.

Une dernière réflexion s'impose à ce propos. Car, dira-t-on, la chose livrée peut être celle prévue au contrat mais ne point correspondre aux besoins de l'utilisateur. La question soulevée n'est plus celle de la conformité mais bien celle de la présence éventuelle d'un défaut de conseil lors des pourparlers¹¹² ou celle d'une faute dans l'exécution d'un contrat de conseil si l'obligation de conseil a fait l'objet d'un contrat exprès ou tacite¹¹³, enfin celle d'un vice du consentement donné par l'utilisateur¹¹⁴.

If the thing delivered meets contractual specifications but not the client's needs, the issue is not that of the obligation meet specifications, but a fault perhaps in the obligation to advise or even the client's defective acceptance.

Ces éclaircissements donnés, analysons les deux obligations, celle de délivrance d'une part, celle de conformité d'autre part.

111. J.C. Fourgoux «Nature de l'obligation du fournisseur de matériel informatique», G.P., 1973, 2, 496. L'importance de la mission de l'expert est évidente. Beaucoup de décisions font référence à l'avis de l'expert ou renvoient à un expert; ainsi, Trib. comm. Brux. 18 février 1980; Paris 12 juillet 1972 (Flammarion c. IBM). L'expert peut notamment avoir pour mission de :

- visiter l'installation litigieuse;
- dire si celle-ci a été réalisée conformément aux règles de l'art et des conventions liant les parties;
- dire si le matériel vendu est conforme à l'usage auquel on le destinait;
- constater les défauts de conception éventuels;
- chiffrer le préjudice subi;
- évaluer les coûts de réparation du système, estimer si cette réparation est possible.

Cf. dans un autre domaine, les réflexions de Flamme (Chron. citée, n° 33): «Le moins qu'on puisse dire est que les tribunaux procèdent essentiellement par... affirmations».

112. *Supra* n° 15.

113. *Infra* n° 44.

114. *Infra* n° 53 et s.

Delivery obligation within the delay.

The French Cour of Cassation defined delivery as putting at the disposal of the user the contractual object in a way that the latter may use it according to its nature and purpose.

In the case of disks or certain terminals, putting at the disposal may be done by segregating the goods at the supplier's store. Under Article 1609 of the Civil code, the object of the sale must be picked up, not delivered. Where a complet installation is sold, the supplier generally expressly covenants to install the unit at the user's premises.

Bensoussan considers that this delivery obligation for a complet data processing system includes :
 — *putting at disposal at the premises*
 — *integration, eg, hook up with electric current*

• L'obligation de délivrance au délai convenu

28. Diverses questions se posent à ce sujet : que faut-il entendre par délivrance ? Quel est le contenu de l'obligation de délivrance ? Que comprendre par «délai convenu» ?

La Cour de cassation française, le 29 octobre 1968¹¹⁵, définissait comme suit la délivrance : «Il n'y a pas de livraison tant que l'objet du contrat n'est pas mis à disposition de l'utilisateur de manière telle que celui-ci puisse s'en servir compte tenu de sa nature et de sa destination».

Il est évident que la mise à disposition dans le cas d'éléments informatiques simples, tels disques ou certains terminaux, etc. peut se réaliser par la simple individualisation de la marchandise dans les installations du fournisseur : l'objet de la vente, rappelons-le, est quérable et non portable (article 1609 C.C.). Dans le cas de fournitures plus complexes, la mise à disposition ne peut s'entendre ainsi. Bien souvent, le fournisseur s'engage explicitement¹¹⁶ à installer l'ensemble du système informatique dans les locaux de l'utilisateur. A défaut de convention expresse et sauf convention contraire, les usages commerciaux imposeraient certainement ce mode de délivrance.

On peut décrire plus avant cette modalité de délivrance. Selon Bensoussan^{116 bis}, l'obligation de délivrance d'un système informatique complexe s'entend :

- de la mise à disposition dans les locaux;
- de la mise en ordre, c'est-à-dire de la position de liaison avec tous les éléments dont le système a besoin (raccordement au circuit électrique, etc.);

115. Cass. comm. 29 octobre 1968, Bull. civ., 1968, IV, n° 295, 264.

116. Clause type : «Les machines achetées au titre du présent contrat seront installées comme indiqué par «le fournisseur»...».

116 bis. A. Bensoussan «Les clauses pièges des contrats informatiques», Conférence donnée au Centre Informatique et Droit de Namur, avril 1981 (à paraître). Nous reviendrons *infra* n° 48 sur l'obligation de l'utilisateur cette fois d'aider à la délivrance.

- de la mise en place, c'est-à-dire de l'implémentation du logiciel de base ou d'application sur l'ordinateur;
- de la mise en charge, c'est-à-dire de l'utilisation du système en exploitation.

- *implementation, eg, testing base software or application programs on computer and*

- *system tests under normal operating conditions.*

La délivrance doit permettre le contrôle de la conformité sur lequel nous reviendrons. Elle s'entend dès lors d'une mise à disposition de l'ensemble des éléments nécessaires au fonctionnement, ceci compte tenu de la nature et de la destination de l'objet acheté (article 1615 C.C.)¹¹⁷. Ainsi, la jurisprudence française exige la livraison de la documentation technique du matériel ou des programmes (manuel de fonctionnement...) ¹¹⁸. Doivent à notre avis notamment être considérés comme accessoires du système informatique les manuels d'instructions et de mise en garde. Une décision de la cour d'appel de Paris du 29 mai 1980 ¹¹⁹ exige même que ces documents soient rédigés en français. Selon cette décision, en l'absence de notice en français, il était en effet difficile sinon impossible de tirer du système les performances attendues. La Cour a dès lors résilié la vente pour inexécution de l'obligation de délivrance.

Delivery includes providing all the elements necessary for proper functioning, eg, French case law requires delivery of equipment and software manuals; the Paris Court of Appeals required that these documents be in French...

As the document were not in French, the Court cancelled the contract for failure of proper delivery, considering it difficult if not impossible to achieve the anticipated benefits from the system.

117. Ph. Le Tourneau «Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels», R.T.D. Comm., 1980, n° 75, 256; Cass. 8 juin 1979, Bull., 1979, IV, n° 186 (à propos d'un ordinateur de gestion) : «Le vendeur d'un appareil de technicité avancée est tenu de mettre cet appareil en état de bon fonctionnement à la disposition de l'acheteur.»

Cf. en outre Paris 23e ch., 12 octobre 1973, Burroughs c. Rosy et Paris, 5e ch., 25 novembre 1974, Prochimair Electr. c. Tekelec Avitronic, cités par de Lamberterie, *op. cit.*, note 15.

118. Les jurisprudences et doctrines françaises tirent cette obligation de l'obligation contractuelle de renseignements que le vendeur doit à l'acheteur lorsqu'il s'agit d'un produit neuf dangereux ou compliqué (à cet égard, Le Tourneau, *op. cit.*, n° 75 et 54). Même conclusion en doctrine belge, M. Fallon «La cour de cassation et la responsabilité liée aux biens de consommation», R.C.J.B., 1979, 179 et la référence à l'article de Causin (R.G.A.R., 1977, n° 9772).

119. Paris 29 mai 1980, SIF c. Bureau moderne, *Expertises*, 1980, n° 20, 15. Sur cette obligation en matière de contrats à objet complexe, Ph. Le Tourneau «Ingénierie», J.c.l.comm. Ventes comm.fasc. 27, n° 53 et s. qui se réfère sur ce point en droit comparé à une loi hollandaise du 31 décembre 1975; cf. chez nous, Hasselt, 14 mai 1969, R.W., 1970, col.90.

The problem of delivery within stipulated delay is more difficult. All agree that delivery beyond delay entitles the client to request annulment, but what if the delivery date is not stipulated or is not imperative. The Paris Court of Appeals recently held that in these cases delivery must be in a reasonable delay. Belgian courts will certainly follow this interpretation.

Obligation to meet specifications.

Court decisions have little emphasized on this obligation which the authors consider central. The authors attribute the courts and legal writers lack of emphasis to their development of sanctions for precontractual obligations or the pure and simple application of sales and consultancy contractual rules.

Le problème du délai convenu est plus délicat. Si nul ne conteste que la non-livraison dans le délai convenu entraîne pour l'utilisateur la possibilité de demander l'annulation du contrat informatique¹²⁰, une question peut se poser lorsque la date de livraison n'est pas fixée¹²¹ ou est donnée de façon purement indicative¹²². La cour d'appel de Paris, dans une décision récente¹²³, note cependant qu'en l'absence de toute fixation de délai, la livraison doit néanmoins se faire dans un «délai raisonnable». La jurisprudence belge suivra certainement cette interprétation¹²⁴.

• L'obligation de conformité.

29. On peut s'étonner du fait que la jurisprudence des contrats informatiques ait peu mis en évidence cette obligation de conformité qui, à notre avis, devrait être centrale. A la réflexion, c'est sans doute pour avoir insuffisamment réfléchi à la signification de cette obligation que la jurisprudence et la doctrine ont préféré développer les sanctions des obligations précontractuelles voire l'assimilation pure et simple des contrats de vente et de conseil¹²⁵.

Deux questions essentielles se posent à ce propos : comment apprécier la conformité ? Quand faut-il l'ap-

120. Trib. comm. Paris 9 mars 1981, *Seproma c. Locabail*, *Expertises* 1981, n° 20, 5 et s.; Y. De Lamberterie, *op. cit.*

121 et 122. (Le constructeur) planifie la livraison de chaque machine et modifie ce planning si nécessaire. Par conséquent, tout délai ou date de livraison donnée de façon verbale ou écrite n'a qu'une valeur indicative.

123. Paris 19 décembre 1980, *Abadie c. NCR*, *Expertises*, 1981, n° 27; cf. en outre Trib. comm. Paris 8 septembre 1980, *Hottin c. Téléinfor*, *Expertises*, 1980, n° 23 où le matériel commandé n'était pas livré. Comp. la référence aux «usages commerciaux», développée in Paris 29 octobre 1960, J.C.P. 1961, II, 12.210.

124. «Le tribunal de commerce de Bruxelles interprète la clause» : la livraison n'est soumise à aucun délai et s'effectue dans les limites du possible», comme indiquant un délai normal qui n'est pas respecté quand le vendeur, ayant par ailleurs reçu un acompte important, n'a pas fait tout ce qui était possible pour assurer une prompte exécution de son obligation (Tr. comm. Bruxelles, 15 décembre 1970, J.C.B., 1971, p. 184), (P. Van Ommeslaghe, *Chronique de jurisprudence*, Les obligations, R.C.J.B., 1975, n° 34, 402). Cf. en outre J. Limpens, *op. cit.*, n° 1884.

125. *Supra*, n° 24, *infra* nos remarques à propos d'une décision française, n° 34.

précier ? Il peut être intéressant d'analyser la réponse à la seconde question avant d'aborder la première.

Le moment de l'appréciation de la conformité.

30. Dans les ventes de choses simples, la conformité s'apprécie lors même de la prise de possession ou immédiatement après ¹²⁶. Dans de telles hypothèses, l'agrément ne fait pas de difficulté : la chose est au simple coup d'œil conforme ou ne l'est pas. Certaines prestations informatiques n'échappent pas à la règle, ainsi la vente de disquettes ou de périphériques simples.

When should this obligation be judged ? In simple contracts, it is when possession is taken or immediately thereafter. The client must protest within a brief delay.

Si la chose n'est pas conforme, le client doit protester dans de brefs délais.

Lorsque la prestation porte sur un objet dont la mise au point est plus complexe, l'appréciation de la conformité ne peut se faire de façon aussi rapide. Il est nécessaire de permettre une certaine période d'installation et d'essai pendant laquelle peut se tester la conformité ^{126 bis}.

For complex contracts, a trial period is necessary.

Cette affirmation peut se déduire de deux arrêts de la Cour d'appel de Paris de 1976 : « Les mises au point, usuelles en la matière, nécessitées par des difficultés de fonctionnement d'un matériel électronique de bureau ne sont de nature à justifier, de la part de l'acheteur, ni l'action rédhibitoire, ni une action estimatoire ¹²⁷. »

This position may be deducted from two 1976 Paris Court of Appeal's decisions...

« 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 ¹²⁸. »

126. Par l'agrément expresse ou tacite (H. De Page « Traité élémentaire de droit civil », T.IV, n° 95, 333).

126 bis. Comp. l'attendu du tribunal de commerce de Gand du 25 mars 1969 (J.C.B. 1970, 35). Le juge note que le seul fait de ne pas avoir protesté au moment où devait avoir lieu l'agrément ne prive pas l'acheteur de son recours du chef des défauts même apparents qu'il lui a été matériellement impossible de constater ou de faire constater à ce moment (J. Limpens « La vente en droit belge », Bruxelles, 1960, n° 446).

127. Paris 8 juin 1976, J.C.P., 1977, II, 18579.

128. Paris 3 décembre 1976, J.C.P., 1977, II, 18579.

Which held that startup difficulties do not justify invoking the hidden defects guarantee; this breaking-in period permits discovery of manifest defects and, as Bensoussan noted, verification that the specifications are met.

Moreover, during this period, the parties must act in good faith and the client must intervene and assist the supplier in installing the system.

The supplier's good faith obliges him to provide technical assistance or advice when testing the system and controlling its conformity. Article 1135 of the Civil Code provides that contracts not only oblige by what they specify, but also what equity, usages and law gives to obligations.

La portée des deux attendus est claire : le premier indique que les difficultés de la période de mise au point, les premiers essais, ne permettent pas d'invoquer la garantie des vices cachés¹²⁹. Cette période permet la découverte des vices apparents¹³⁰. Elle permet en outre le contrôle de la conformité, comme le note Bensoussan¹³¹.

31. Pendant cette période, le second attendu nous l'apprend, les deux parties doivent se comporter de bonne foi et veiller à permettre un contrôle de la conformité dans les meilleures conditions possibles. Ainsi, si le fournisseur s'est engagé à créer un système, la mise en place de celui-ci et le contrôle de conformité requièrent l'intervention et la collaboration de l'utilisateur. Nous reviendrons amplement sur ce point lorsque nous étudierons les obligations de l'acheteur¹³².

La bonne foi du fournisseur d'un système informatique l'oblige de son côté à une certaine assistance technique^{132 bis} ou à certains conseils lors de la mise au point du système et du contrôle de sa conformité. «Les conventions n'obligent-elles pas, selon l'article 1135 du Code civil, 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 ?»

129. Sur cette garantie des vices «cachés» et son point de départ, *infra* n° 39.

130. «Ainsi qu'il résulte de la notion même de l'agrégation, celle-ci a pour effet de priver l'acheteur de tout recours à l'égard de son vendeur, du chef :

1°) du défaut de conformité de la chose livrée à la chose vendue;

2°) du chef des vices apparents (Cass. 6 avril 1916, Pas. 1917, I, 77);

3°) du chef de manquement aux obligations du vendeur concernant le monde, le lieu et l'époque de la délivrance...).

«L'agrégation n'a pas pour effet d'exonérer le vendeur de la garantie des vices cachés» (Cass. 25 mars 1954, Pas., 1954, I, 656) (J. Limpens, *op. cit.*, n°s 450 et 451).

131A. Bensoussan, «les clauses pièges du contrat informatique», conférence citée.

132. *Infra* n° 49.

132 bis. Il n'existe pas à notre avis d'obligation à charge du fournisseur d'assistance technique au-delà de la période de mise au point, hormis bien évidemment la conclusion d'un contrat de maintenance.

Le principe est maintes fois rappelé dans la jurisprudence ¹³³ des contrats informatiques.

En particulier, dès 1971, la cour d'appel de Paris ¹³⁴ notait : « L'obligation découlant, pour une société bailleuse d'ordinateurs, de la clause du contrat relative à l'enseignement du personnel, de mettre tout en œuvre en vue d'assurer un bon fonctionnement, 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. La société, maîtresse de l'entreprise, qui seule a en conséquence le contrôle et la responsabilité de cette organisation et à qui il appartient de prendre les mesures propres à réaliser cette adaptation, a besoin pour le faire de recevoir les directives que sa contractante est seule à même de lui donner en fonction des exigences techniques de la machine qu'elle est seule à bien connaître. »

La même cour d'appel de Paris répétait le 12 juillet 1972 ^{134 bis} que « la mise en œuvre d'un matériel informatique implique, de la part du fournisseur, la livraison d'un matériel apte à exécuter les travaux prévus et une assistance technique pendant une période suffisante d'adaptation et, de la part de l'utilisateur, le respect des directives du fournisseur ».

In particular, in 1971, the Paris Court of Appeals held that the contractual clause providing that the lessor would train personnel and to do everything to ensure proper functioning required the lessor to advise on the organization of the user's administrative and accounting departments because the lessor is the only one familiar with the technical requirements of the equipment.

In 1972, the same Court held that the installation of data processing required the supplier to deliver equipment appropriate to do the work foreseen and technical assistance during a sufficiently long adaptation period. The Court required the user to respect the supplier's directives.

133. Citons Trib. comm. Brux. 18 février 1980 (J.C.B., 1980, I, 377) : « L'engagement contracté par la défenderesse concerne la mise au point nécessaire pour rendre fonctionnel tout matériel d'informatique ».

— Paris 21 juin 1971 (J.C.P., 1972, II, 17137) : « L'obligation découlant pour une société bailleuse d'ordinateurs de la clause du contrat relative à l'enseignement du personnel et à l'utilisation des machines, de mettre tout en œuvre en vue d'assurer un bon fonctionnement, 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. ».

— Paris 12 juillet 1972 (G.P., 1972, 2, 804) : « La mise en œuvre d'un matériel informatique implique de la part du fournisseur, la livraison d'un matériel apte à exécuter les travaux prévus et une assistance technique pendant une période suffisante d'adaptation. »

— Trib. comm. Brux. 2 février 1976, Rev. dr. intell., 1976, 365 : « Il faut en rechercher la cause, non pas dans l'incompétence d'UCC mais dans l'impossibilité commerciale où elle se trouvait de consacrer suffisamment de temps et de personnel à un client de moyenne importance. ».

134. Paris 21 juin 1971, J.C.P., 1972, II, 17138.

134 bis. Paris 12 juillet 1972, G.P., 1972, 2, 804.

In a 1979 decision, the Cour of Cassation characterized the parties' obligations in connection with the installation as a dialogue between the parties.

L'arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1979¹³⁵ emploie, à propos de l'obligation réciproque du fournisseur et de l'utilisateur lors de l'installation d'un ordinateur de gestion, l'expression de « dialogue » entre les deux parties.

Ainsi, « des instructions doivent être données non seulement au profane mais aussi à l'acheteur professionnel sauf si, par suite de sa qualification, l'a ou devait avoir cette connaissance ». ¹³⁶

• Les modalités du contrôle de la conformité.

Most contracts stipulate criteria to determine if the specifications are met : provisional and definitive acceptance. The authors do not examine these methods, but agree with Bensoussan on the danger of incorporating this construction contract terminology in data processing contracts because the assimilation leads to limiting a supplier's obligations to those of a builder, thereby exonerating the supplier from his hidden defects guarantee and rendering improbable that the builder's 10 years liability will be invoked.

32. La plupart des contrats prévoient en général deux formalités de contrôle de conformité : la réception (ou recette) provisoire et la réception (ou recette) définitive¹³⁷. Ce n'est pas le lieu de développer les modalités particulières de ces contrôles¹³⁸ mais simplement d'insister à la suite de Bensoussan¹³⁹ sur le danger de cette terminologie tirée des contrats d'entreprise de construction. Elle entretient, en effet, l'idée que les contrats de vente de système informatique seraient assimilables à des contrats d'entreprise et que, dès lors, les obligations du fournisseur se limiteraient à celles d'un entrepreneur¹⁴⁰ et l'exonéreraient de la garantie des vices cachés tout en rendant improbable l'invocation de la responsabilité décennale de l'architecte et de l'entrepreneur¹⁴¹.

135. Cass. 8 juin 1979, Bull. Cass., 1979, IV, n° 186 : « 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 le dit 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. ».

136. Ph. Le Tourneau, *op.cit.*, n° 78; Cf. en outre Cass. 22 novembre 1978, J.C.P., 1979, 19139. En Belgique, les réflexions de Flamme, Chron. citée, n° 29 et 30.

137. Comp. avec les termes choisis en matière de contrats d'entreprise passé avec les organismes publics.

138. Cf. sur les méthodes de réception, H. Gevaert, « Aankoop van computer configuraties », L'Entreprise et le Droit, 1979, 450.

139. A. Bensoussan, « Les clauses pièges du contrat informatique », conf. citée.

140. Cf. à cet égard nos réflexions, *supra* n° 24 bis.

141. Puisqu'il n'y a pas contrat d'entreprise portant sur une construction immobilière.

C'est pourquoi l'auteur cité propose l'adoption d'une terminologie juridique plus exacte : «contrôle de conformité sur tests» et contrôle de conformité sur charges¹⁴². Au cours de ces deux contrôles, pourront être décelés les vices apparents du système informatique, la garantie pour vices cachés ne prenant cours qu'après cette vérification¹⁴³.

• L'appréciation de la conformité.

33. La question de l'appréciation de la conformité de l'objet d'un contrat informatique est une des questions les plus délicates. S'il ne fait aucun doute que le défaut de conformité de la chose vendue entraîne rupture de contrat, résolution de la vente, à quoi faut-il se référer pour apprécier cette conformité ?

On peut distinguer deux types d'appréciation extrêmes : la première se référerait aux seules spécifications techniques du matériel livré. Le fournisseur serait dit avoir satisfait à son obligation de conformité si le matériel livré correspond bien techniquement au matériel convenu; la seconde, au contraire, envisagerait la finalité précise du traitement, sa spécification fonctionnelle. L'utilisateur a un problème précis à résoudre (exemple : traitement d'autant de comptes clients en tel espace de temps; enregistrement en temps réel des réservations de voyage, etc.). Le fournisseur manquerait alors à son obligation de conformité s'il ne répondait pas à l'attente précise du client¹⁴⁴. D'emblée, notons que cette seconde méthode d'appréciation est bien plus sévère que la pre-

For these reasons, Bensoussan proposes more exact legal terminology: specification controls based on «tests» and on «actual use for a period» during which apparent defects could be detected; only after this period would the hidden defect guarantee comes into force.

On what basis will the judgment be based ?

The two extremes are: the supplier has met his obligation if the material delivered meets the contractually agreed technical specifications; the other, more severe, is that this obligation is met only where the user's specific needs are satisfied.

142. «Sur tests», c'est-à-dire utilisation du programme à des fins non productives «afin que le client puisse s'assurer que les fonctions du programme sont opérantes les unes avec les autres».

«Sur charges» c'est-à-dire utilisation productive des programmes avec les données de l'entreprise.

Il faut distinguer ces deux opérations de contrôle applicables aux programmes et la simple opération de «mise en ordre de marche» qui clôture la délivrance.

143. Cf. à cet égard, de façon très nette, l'arrêt cité (supra n° 30) de la cour d'appel de Paris du 8 juin 1976.

144. Il est évident que pour des contrats portant sur des éléments simples, la question de la conformité est facile à résoudre. Nous nous intéressons donc aux contrats globaux.

mière et que le fournisseur a tout intérêt à l'écarter. Mais le peut-il ?

Many contracts proposed by constructors and suppliers stipulate away this second extreme by expressly providing that the guarantee does not imply that the programs will correspond to the client's needs. This stipulation is reinforced by a four corners clause which incorporates by reference the annexes and limits the contract to the present contract, thereby excluding all previous written or oral understandings and proposals.

Are these clauses valid especially since the publicity and negotiations were based on satisfying the user's specific needs ? In the absence of fraud, they are valid. And the parties' intent ?

De nombreux contrats proposés par les constructeurs ou de façon plus large par les fournisseurs de système informatique comprennent une clause de style : «La présente garantie n'implique pas non plus que les fonctions des programmes correspondront aux exigences du client ou seront opérantes sous toute combinaison choisie par le client pour son utilisation». ¹⁴⁵ Cette clause vise clairement à écarter toute appréciation de type fonctionnel. Elle voit son efficacité renforcée par la clause dite des «quatre coins» ¹⁴⁶ : «Le client reconnaît avoir pris connaissance du présent contrat et de toute annexe y relative ¹⁴⁷ en toutes leurs dispositions écrites et exprimées et déclare en accepter les termes et conditions. Il reconnaît en outre que ces documents constituent l'intégralité de l'accord intervenu 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».

Quelle est l'efficacité de telles clauses alors que la publicité et généralement les pourparlers qui ont amené l'utilisateur à se décider sont de type fonctionnel ? A priori, elles sont valables ^{147 bis} sous réserve de dol. Excluent-elles néanmoins toute prise en considération des qualités fonctionnelles ? Il s'agit ici d'une question d'interprétation de la volonté des parties.

145. «Il importe que l'acquéreur puisse jouir de la chose comme il en avait l'intention, c'est-à-dire que l'objet livré présente l'aptitude nécessaire à la satisfaire. C'est ce qui a été appelé la «notion fonctionnelle» de la conformité» (à ce sujet, M. Alter «L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels», Thèse, Paris, 1972, n° 119 qui distingue l'aspect matériel de la conformité de l'aspect fonctionnel).

146. Sur cette clause et son efficacité, lire H. Gevaert, Séminaire «Contrats informatiques», Namur, 1981 et du même auteur, art. cit., 441.

147. Figureront le plus souvent en annexe la description technique du matériel fourni, les références des programmes, parfois le cahier des charges (ainsi dans l'affaire jugée par le tribunal de commerce de Bruxelles, le 18 février 1980).

147 bis. Sur ce point, Ph. Le Tourneau «Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels», Rev. Trim. dr. comm., 1980, n° 106; J. Limpens «La vente», *op. cit.*, n° 275. Nous reviendrons sur cette question, lorsque nous étudierons les clauses de non-responsabilité et leurs limites, *infra* n° 46.

Rappelons à cet égard la position de la Cour de cassation et la proposition du procureur général Dumon^{147 ter}. La Cour de cassation belge estime que «viole la foi due à la convention le juge qui en donne une interprétation inconciliable avec ses termes¹⁴⁸». Cet enseignement donnerait pleine valeur à la clause des quatre coins dont le sens clair et précis n'est pas discutable.

Le procureur général Dumon suivi par certaine jurisprudence¹⁴⁹ estime au contraire que le juge peut donner d'un acte une interprétation inconciliable avec les termes de celui-ci mais doit alors «s'en expliquer par des motifs fondés spécialement sur des circonstances extrinsèques ou sur les termes et le sens d'autres clauses ou parties de l'acte». ¹⁵⁰ A suivre cet enseignement, la clause d'irresponsabilité pour non-conformité fonctionnelle et la clause des quatre coins pourraient être écartées par la mise en évidence de certains faits; ainsi, dans le cas d'un contrat «clés en main», l'utilisateur s'en est remis au fournisseur pour l'obtention d'une solution à un problème spécifiquement désigné d'organisation interne ou, autre hypothèse, celle où le cahier des charges insiste spécialement sur telle ou telle fonction à remplir par le système¹⁵¹. Certaines clauses figurant au contrat doivent de même permettre d'écarter l'efficacité des clauses, ainsi, si par une clause spéciale, l'utilisateur exige du fournisseur que le fonctionnement du système vendu présente tel coût¹⁵².

The Belgian Cour of Cassation held that judges who make interpretation irreconcilable with the terms of the contract violate the spirit of the contract. The four corners clause is clear and indisputable.

The Attorney General Dumon considers that judges are not obliged to follow contractual terms where there are external circumstances which warrant departure. Based on this positum, adopted by certain courts, the exoneration clause to avoid satisfying the client's specific needs and the four corners clause could be set aside where the specifications expressly state that such and such a function will be met by the system.

147 ter. Nous nous sommes amplement référé pour l'étude de cette question au magistral exposé de E. Caussin «L'interprétation des contrats en droit belge» in «L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire», Bruxelles, 1978, 281 à 347; Cf. en outre du même auteur «L'interprétation des contrats écrits vue à travers le contrat d'assurance», Bull. Assur., 1980, 257 à 315.

148. Cass. 11 mars 1976, Pas. 1976, I, 761.

149. F. Dumon «De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes», discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de la Cassation, 1er septembre 1978, J.T. 1978, 465 et s. Cf. en outre Cass. 9 mai 1965, Pas. 1965, I, 806.

150. F. Dumon, *op. cit.*, 476, n° 29.

151. Cf. à cet égard, l'affaire Brun c. Olivetti (*Expertises*, n° 24, 2 et s): «A l'évidence, il était demandé un ordinateur capable de saisir les mêmes informations que celles traitées par l'ancienne installation» et surtout Trib. comm. Brux. 18 février 1980 où une clause du contrat demandait le respect des performances réclamées dans le cahier des charges (à cet égard, *infra* n° 34).

152. A contrario, les attendus de la cour d'appel de Paris du 15 mai 1975 (J.C.P., 1976, II, 18265) où les juges refusèrent de tenir compte des problèmes de rentabilité de l'ordinateur, ceux-ci n'ayant pas été évoqués dans le cahier des charges.

In the absence of contrary facts, French case law seems to impose on the supplier. Minimum obligation to satisfy the user's needs where the user is inexperienced. Failure to meet this obligation, however, is only invoked where there are serious non conformities, eg, Paudis V. Logabax...

Where the equipment, although meeting contractual specifications, was abnormally slow and Logabax knew the insufficiency of its offer, having progressively modified the equipment's capacity.

En dehors de la preuve de tels faits ou de telles clauses, il semble que la jurisprudence française mette à charge du fabricant ¹⁵³ vendeur vis-à-vis d'un utilisateur non initié ^{153 bis} une obligation minimale de conformité fonctionnelle : la Cour de cassation française, le 22 novembre 1978, a retenu à sa charge l'obligation de fournir à l'acheteur non spécialiste un produit répondant objectivement à l'usage que l'on peut normalement attendre d'un objet du type de celui qui est annoncé ¹⁵⁴. Il faut préciser que cette obligation ne sera sanctionnée qu'en cas de non conformité grave. L'affaire Paudis c. Logabax ¹⁵⁵ illustre bien ce principe.

Quoique conforme à la commande ¹⁵⁶, il fut jugé que la société Logabax n'avait pas livré un système conforme à la convention des parties ¹⁵⁷. Il faut cependant souligner que le matériel était «anormalement» lent et que Logabax n'ignorait pas l'insuffisance de son offre ayant progressivement modifié la présentation de la capacité nécessaire ¹⁵⁸.

CONCLUSION : l'obligation de conformité au regard d'autres obligations éventuelles du vendeur.

153. C'est ce que Le Tourneau (*op. cit.*, n° 31) appelle le «vice absolu». «Toute chose de telle catégorie présente telle qualité permettant tel usage... de par sa nature. Ainsi, celui qui achète un outil informatique doit au moins pouvoir compter sur une efficience supérieure de cet outil par rapport à un traitement manuel» (affaire Paudis c. Logabas citée, *infra* même numéro).

153 bis. Ce qui n'était pas le cas dans l'affaire jugée par le tribunal de commerce de Bruxelles, le 18 février 1980.

154. Cass. 2 novembre 1978, J.C.P., 1979, II, 19139, note G. Viney (il s'agissait en l'occurrence d'un produit pesticide. Le contrat avait clairement stipulé une clause d'irresponsabilité en cas de non-efficacité. Il n'est pas évident que la jurisprudence belge se prononce dans le même sens.

155. Paris 4 mars 1980, Paudis c. Logabax, *Expertises*, n° 17.

156. La commande n'avait pas mentionné la vitesse de l'imprimante.

157. Le juge déduit la commune intention des parties non seulement des bons de commande succints et laconiques mais de l'ensemble des pièces et documents interdépendants les uns des autres qui ont été échangés ou signés entre les parties pour aboutir à la conclusion du contrat.

158. La proposition d'échange de systèmes n'est pas en soi interprétée comme un aveu de non-conformité. Elle peut aussi s'interpréter comme un acte de bonne foi fait par le fournisseur pour sauver le contrat. Cf. cet égard, la position des juges dans les affaires Tribunal de commerce de Bruxelles 18 février 1980 et Paris 15 mai 1975 (affaire Soripa c. Logabax).

34. Deux décisions permettent à notre avis de préciser les rapports de l'obligation de conformité et d'éventuelles autres obligations.

La décision belge du tribunal de commerce de Bruxelles met en évidence les rapports entre l'obligation de conformité et l'obligation de bonne foi à la mise au point du contrôle de conformité et permet d'éviter la confusion entre obligation de conformité et obligation de moyens. En l'occurrence, le vendeur avait signé un engagement de «respecter les performances demandées par le client dans le cahier des charges». Les performances n'étaient pas réalisées. Le tribunal de Bruxelles refuse cependant de condamner le fournisseur. Il estime que l'obligation de respecter les performances demandées par le client dans le cahier des charges est une obligation de moyens.

En fait, à bien lire le jugement, le problème est loin d'être celui-là. Le juge donne en effet à l'expert la mission principale suivante, celle de vérifier si le système, au cas où la mise au point aurait été correcte, était en soi capable de respecter les performances du cahier des charges¹⁵⁹. Qu'est-ce à dire sinon l'affirmation que la question essentielle est de contrôler s'il y a bel et bien conformité de l'objet livré au cahier des charges ! Cette vérification faite, on pourra alors juger de la bonne foi mise par les parties dans la mise au point du système en particulier de celle de l'utilisateur, contestée par le fournisseur¹⁶⁰.

The relationship between obligation to meet specifications and other obligations is clarified by two decisions.

The relationship between the obligation to meet specifications and to act in good faith was illustrated by a decision of the Brussels Commercial Court. The supplier had undertaken to respect the client's written specifications. These were not respected. The Court refused to condemn the supplier finding that the obligation to respect the specifications was an obligation of means.

The authors note that this reference to the obligation of means is a false problem. The court designated an expert to determine if the start-up adjustments been correct, the system could have met specifications. This determination in fact verifies if the delivered system meets specifications. Having found that the system was adequate, the only question was the parties good faith in the start up period, in particular, that of the users, with supplier contested.

159. «Dans l'affirmative, dire si le résultat de ces essais permettait de décider que le système S, en raison de la mise en point, serait à l'échéance du délai prévu pour la réception définitive, soit le 16 janvier 1977, inutilisable ou difficilement utilisable pour la gestion des comptes de tiers telle que prévue par le cahier des charges annexé au contrat de fourniture du 16 février 1976 et à interpréter comme dit ci-dessus».

160. «Attendu que la défenderesse reproche essentiellement à la demanderesse d'avoir adopté une attitude rigide et polémique ainsi qu'une conception théorique et maximaliste du contrat, alors qu'elle était en droit d'attendre d'elle une collaboration souple et étroite;

«Attendu, quant à la conception théorique et maximaliste qu'aurait eue la demanderesse du contrat, ce reproche vise l'aspect technique de celui-ci et qu'il y a donc lieu pour le tribunal d'attendre de statuer à ce sujet jusqu'à ce que l'expertise ordonnée ci-après lui ait fourni les éclaircissements nécessaires;

«Attendu, quant à l'attitude adoptée par la demanderesse que son appréciation par le tribunal sera différente selon que sa thèse, sur le plan technique et pratique, sera vérifiée ou non par l'expertise».

In the Soripa v. Logabax decision of the Paris Court of Appeals, Soripa had little experience in data processing and after studying Soripa's specific problems, Logabax proposed an invoicing system which Soripa accepted. As the cost per invoice was much higher than expected, Soripa sought annulment. Refused. The Court found that the supplier had not guaranteed a maximum cost per invoice and that absent such a guarantee, the supplier was not obliged to intervene in the user's cost calculations. Nevertheless, the Court found that the supplier had not fulfilled its obligations to advise the user.

L'affaire Soripa c. Logabax de la Cour d'appel de Paris¹⁶¹ diffère légèrement de la première. En l'hypothèse, l'acheteur peu initié s'adresse au vendeur pour la solution de ses problèmes. Logabax, après étude des problèmes de Soripa, propose un système accepté par Soripa mais dont le fonctionnement allait se révéler peu satisfaisant par rapport au service attendu. Soripa réclame résolution de la vente pour non conformité de l'appareil aux stipulations contractuelles. La cour d'appel refuse. Il ne peut être question d'annuler la commande «pour la seule raison que le prix de revient des factures effectuées par cette machine est anormalement élevé». «L'engagement pris par Logabax ne visait que la possibilité qu'avait sa machine, dont le prix était fixé, de réaliser à une certaine cadence un certain nombre de factures et pièces annexes présentant certaines caractéristiques et que cet engagement a été tenu; qu'il n'a pas été assorti d'une garantie de prix de revient maximum pour la confection de chaque facture; qu'à défaut de convention à ce sujet, il ne peut être reproché à l'intimée de ne pas s'être immiscée dans les calculs de rentabilité de l'appelant.» Il y avait donc conformité de l'appareil vendu¹⁶². Sur ce point, la cour d'appel reprend la décision du tribunal de commerce. Cette décision contenait cependant un second attendu relatif cette fois à l'obligation de conseil du fournisseur. «Logabax ne semble pas s'être conformée aux usages de la profession en ce qui concerne les conseils que les vendeurs d'appareils aussi complexes que les machines électroniques donnent à leurs clients.»

La cour d'appel de Paris distingue de même l'obligation de conseil de l'obligation de conformité; «il n'est pas démontré, en l'espèce, que l'intimée (Logabax) ait abusé de la confiance dont l'appelante avait témoigné envers elle en la chargeant de trouver une nouvelle solution à ses problèmes de facturation...» (suit la démonstration^{162 bis}).

161. Paris 15 mai 1975, J.C.P., 1976, II, 18265.

162. «Considérant en définitive que la chose vendue n'était atteinte au plan technique d'aucun vice la rendant impropre à l'usage auquel elle était destinée (conformité matérielle) non plus qu'au service qu'en attendait l'acquéreur (conformité fonctionnelle).

Ainsi, la doctrine aurait avantage à distinguer le problème de la conformité d'autres problèmes qui, tout en étant connexes, sont à traiter différemment.

Legal writers should make a distinction between the conformity problem and other related problems which should be treated differently.

Sauf dans certains cas où la conformité doit être fonctionnelle sur certains points précis (cas d'une convention particulière) ou de façon globale (cas de l'achat d'un système «clés en main»), la jurisprudence n'exige qu'une conformité fonctionnelle minimale¹⁶³. La présence de cette conformité minimale n'empêche pas que la responsabilité du fournisseur puisse être mise en évidence pour non-respect de l'obligation de mise au point nécessaire au contrôle de la conformité (cas typique jugé par le tribunal de commerce de Bruxelles le 2 février 1976¹⁶⁴) ou de l'obligation contractuelle¹⁶⁵ ou précontractuelle de conseil, obligation pour laquelle la sanction est différente.

Except in certain cases where specific (explicit contract) or global (turnkey) specifications must be met, case law does not require that minimum specifications particular to the user be met. Even if this minimum exists, courts may still invoke the obligation of start-up adjustments or precontractual or other contractual obligations of providing advice, for which the sanction is different.

• Sanctions de la non-conformité.

35. L'utilisateur démontre la non-conformité de l'objet vendu et peut obtenir soit la résolution du contrat, soit une diminution du prix, soit l'exécution forcée.

If the user proves the non conformity of the object sold, contractual cancellation, reduction of price or specific performance may be ordered.

162 bis. «Que la machine fournie finalement et en un unique exemplaire pouvait permettre à Soripa d'accroître le nombre quotidien de ses factures et, éventuellement, de faire face à une extension de ses activités... Qu'elle constituait en réalité une machine de gestion, conjuguée à un ordinateur, et était susceptible de rendre de nombreux services à une société ayant l'importance de Soripa; que cette dernière n'avait pu (obligation de se renseigner) ignorer qu'elle pouvait s'en servir à d'autres usages que la facturation...» Qu'à supposer le choix défectueux pour une raison de rentabilité, il n'est pas à imputer au fournisseur qui a mis son acheteur en pleine mesure de se décider.»

163. «Toute chose de telle catégorie présente telle qualité permettant tel usage. La chose doit être propre à l'usage auquel elle est normalement destinée.» (Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 30; M. Alter, *op. cit.*, n° 119; Cass. 22 novembre 1978, J.C.P., 1979, II, 19139). Citons le cas d'application Savie c. Logabax (Paris 26 juin 1980, *Expertises*, n° 20, 3 et s) où le matériel livré ne permettait même pas un traitement plus rapide que sous l'ancienne méthode : «Il en découlait un allongement de la durée totale des traitements inconciliables avec les résultats que la société Savie était en droit d'attendre d'un système informatique...»

164. Trib. comm. Brux. 2 février 1976, *Rev. dr. intell.*, 1977.

165. Sur le contrat de conseil, cf. *infra* n° 43 et s. et la règle proposée au départ de notre analyse (n° 24 *ter*) quant à la nécessité pour le juge de rechercher l'origine de la faute.

Where the non conformity is serious, the Court may order cancellation under Article 1184. According to the good faith principle, the user must act rapidly after discovering the defect and demand the supplier to perform.

The user acts at its risks and perils because the court will verify the veracity of the user's allegations. If the supplier cannot perform, it can offer a replacement.

If the nonconformity is not too serious, the court may attempt to save the contract by ordering a price reduction or.

— La résolution du contrat aux torts du fabricant :

l'atteinte à la conformité peut être d'une telle gravité qu'il n'est plus dans les pouvoirs du juge de sauver le marché sous risque de sacrifier les intérêts légitimes du créancier de la délivrance¹⁶⁶. Suivant le prescrit de l'article 1184, le juge a un large pouvoir d'appréciation.

Il est à noter que le client, selon le principe de bonne foi, doit agir rapidement après révélation de la non-conformité¹⁶⁷ et mise en demeure du fournisseur de s'exécuter¹⁶⁸.

Une résolution extra-judiciaire unilatérale de la part du client par pacte commissaire exprès est bien évidemment soumise à contrôle judiciaire a posteriori. Elle se fait aux risques et périls de l'utilisateur¹⁶⁹. Parfois le fabricant, dans l'impossibilité de s'exécuter, accepte le remplacement, c'est-à-dire l'achat pour son compte par le client chez un tiers ou par lui-même du même produit ou d'un produit semblable^{169 bis}.

— Si la non-conformité n'est pas trop grave, le juge cherchera à sauver le contrat, généralement en im-

166. M. Alter, cité, 132; Pour un cas d'application mettant en évidence le pouvoir du juge dans l'appréciation de la non-conformité : Cass. 25 juin 1980, Bull. 1980, IV, n° 277 (à propos d'une machine outil). A noter aussi que dans l'arrêt de la Cour de cassation française du 8 juin 1979 relatif à un contrat informatique, les juges retiennent : «La défaillance momentanée d'un des éléments du matériel ne constitue pas à la charge du fournisseur... une infraction suffisamment grave à ses obligations contractuelles pour justifier à elle seule la résolution du contrat» (en l'occurrence, un système informatique de gestion et de comptabilité avait été installé chez des courtiers jurés d'assurances maritimes. Une déficience s'était fait jour dans le système de l'autolecteur de fiches à pistes magnétisables).

167. Cf. *infra* n° 49, nos réflexions sur les obligations de l'acheteur.

168. «La rapidité, consubstantielle aux rapports commerciaux, pourrait même autoriser le créancier dans les domaines de l'activité économique où la célérité est de rigueur à se dispenser de mise en demeure, en l'absence d'une stipulation en ce sens» (Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, 240 et surtout, Paris 1er mars 1979, R.T.D. Comm. 1980, 143, obs. J.Hémar).

169. Le juge contrôlera bien évidemment la bonne foi de l'utilisateur dans l'application du pacte commissaire exprès.

169 bis. Ainsi, dans l'affaire Seproma c. Locabail (*Expertises*, n° 29, p. 5 et s), le fournisseur avait proposé le remplacement du matériel livré par celui d'un autre constructeur. Dans l'affaire Soripa c. Logabax (*Supra* n° 34), le constructeur avait proposé le remplacement par un matériel de sa propre fabrication (même hypothèse, dans l'affaire jugée par le tribunal de commerce de Bruxelles le 18 février 1980 (*supra* n° 34)).

posant une réduction du prix, c'est la réfaction ^{169 ter}.

- L'exécution forcée : dans l'hypothèse d'un système non-conforme, le client peut préférer demander la réparation du système ou l'échange du matériel. Le fournisseur pourrait de même demander l'exécution forcée en cas de non-paiement de prix par le client qui résout unilatéralement la vente ¹⁷⁰.

b. L'OBLIGATION DE GARANTIR LE BON FONCTIONNEMENT DU SYSTÈME

36. L'obligation de garantir le bon fonctionnement du système est sanctionnée sur le plan légal par la garantie des vices cachés. En plus de cette garantie ou en remplacement de celle-ci, nombre de constructeurs proposent une garantie conventionnelle et un contrat dit de « maintenance ». Ce n'est pas notre rôle de décrire les clauses de ce contrat, mais nous nous interrogerons sur deux points, d'une part, dans quelle mesure ce contrat peut faire double emploi avec la garantie des vices cachés et d'autre part, l'intérêt de ce contrat. Sur le plan des principes, nous avons déjà noté que le fournisseur non en mesure de proposer un contrat de maintenance ne pouvait être tenu à des dommages et intérêts ¹⁷¹.

• La garantie des vices cachés.

37. Revenons-en à la garantie des vices cachés. Cette garantie ne se limite pas au contrat de vente. En cas de location (ou leasing) d'un système informatique, le bailleur informatique doit également garantir au client

Specific performance where the user prefers to have the equipment repaired or exchanged. The supplier can demand this remedy where the user does not pay.

Legally the obligation of ensuring that the system functions properly is sanctioned by the hidden defects guarantee.

In addition to this guarantee or as its replacement, constructors often propose a contractual guarantee and a maintenance contract. Without considering the usefulness of this contract, the authors simply note that if the suppliers unable to provide maintenance contracts, the only remedy is damages.

The hidden defects guarantee not only applies to sales but also to leases. (Article 1721 of the Civil Code)...

169 ter. « Un usage autorise le juge, dans les ventes commerciales, à procéder à la réfaction. L'acheteur devra garder la marchandise en question, moyennant une réduction du prix. La réfaction consiste donc en une révision du contrat, qui est partiellement refait ». (Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 16; M. Alter, *op. cit.*, p. 64, Cass. 23 mars 1971, D. 1971, 40, note M. Alter). La jurisprudence belge admet de même largement la réfaction dans « la vente entre commerçants » (Frédéricq, « Traité de droit commercial belge », T. III, n° 43, J. Limpens, *op. cit.*, n° 1939 et références y citées).

170. Pour un cas d'application dans les contrats informatiques, Paris 12 novembre 1980, *Burroughs c. Letouvet*, *Expertises* 1980, n° 26.

171. Cf. *supra* n° 1.

pour «les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand bien même le bailleur ne les aurait pas connus» (art. 1721, Code civil)¹⁷².

But the authors do not consider that this guarantee applies to consultancy contracts and straight forward enterprise contracts or to the conception of application programs.

Par contre, nous estimons que cette garantie ne peut s'appliquer aux contrats de conseils même si certains ont pu parler de «vente» de services¹⁷³. En effet, si certaine jurisprudence a pu parler de garantie des vices cachés à propos de certains contrats d'entreprise, c'est dans la mesure où ces contrats, soit étaient de véritables ventes¹⁷⁴, soit comprenaient un contrat de vente¹⁷⁵. La garantie n'est pas applicable, selon nous, à de purs contrats d'entreprise, ainsi la conception d'un logiciel d'application^{175 bis}. Ceci dit, quelle est la notion de vices «cachés» retenue par la jurisprudence et la doctrine?

• La notion de «vice caché».

The defect must interfere with the use of the thing, eg. render it improper for the use which it was intended, for example, insufficient memory capacity.

38. «Le vendeur est tenu de garantir le vice qui est nuisible à l'usage de la chose et qui est caché.»

Le vice, disons-nous, doit être nuisible à l'usage de la chose¹⁷⁶. Le vice a un caractère qualitatif. Il peut consister en un défaut inhérent à la chose (vice intrinsèque^{176 bis}, en un défaut technique du matériel; il peut également consister en un vice fonctionnel qui, sans affecter directement la chose, «la rend impropre à l'usage auquel, à la connaissance du vendeur, l'acheteur

172. Il est bien évident qu'en matière de bail, il n'est pas nécessaire que les vices existent au moment de la conclusion du contrat de bail (sur ce problème, Simont-de Gavre, Chron. citée, R.C.J.B. 1977, n° 123).

173. Cf. sur cette expression, nos réflexions, *supra* n° 24 bis et l'arrêt y cité.

174. Cf. les arrêts cités *supra* n° 24 bis.

175. A cet égard, l'arrêt significatif du 19 juin 1980 (Cass. belge), J.T. 1980, 616.

175 bis. Dans de telles hypothèses, seules compteront les garanties expressément stipulées dans le contrat (sur ces garanties, *infra* n° 42).

176. «Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine...».

176 bis. A cet égard, l'attendu de la Cour de cassation à propos des conséquences d'une crème glacée jonchant la terrasse d'un café dont le cafetier fut rendu responsable : «Le vice ne doit pas être nécessairement et exclusivement un élément permanent, inhérent à la chose» (Cass. 19 janvier 1978, Pas. 1978, I, 583, ccl. Avocat général Dumon.)

la destinait»¹⁷⁷. Ainsi, l'utilisateur pourrait se plaindre de la capacité insuffisante d'une mémoire.

On retrouve, à propos des vices cachés, la question déjà étudiée à propos de la conformité. Dans la mesure où on estime que la garantie des vices cachés ne fait que prolonger l'obligation de conformité¹⁷⁸, il faut admettre les mêmes limites à la prise en considération des vices fonctionnels.

Ainsi, la notion de «qualité normalement attendue» sera interprétée de façon restrictive sauf dans le cas de convention particulière¹⁷⁹ ou de contrats «clés en main»¹⁸⁰ : le vice n'est qu'«une non-conformité qui n'apparaît pas à la livraison mais seulement après un certain temps»¹⁸¹.

En outre, il faut que le vice revête une certaine gravité. Une décision inédite de la cour d'appel de Paris du 21 juin 1974¹⁸² estime qu'un vice affectant dix pour cent du fonctionnement du système informatique est un vice acceptable et ne justifie pas l'action en garantie des vices cachés. Des incidents mineurs de fonctionnement, même s'ils entraînent une perturbation de l'entreprise, ne peuvent donner lieu à une action sur base de la

To the extent that the hidden defect guarantee is simply an extension of the conformity obligation, the same limits must apply, eg, the principle of the restrictive interpretation unless there is specific contract or as in turnkey contracts, the defect is only a nonconformity which appears not upon delivery but after a certain time.

In addition, the defect must be deemed serious. The Paris Court of Appeals held that defect affecting 10 % of the functioning of a data processing system is acceptable and denied relief based on a hidden defect guarantee. Moreover, minor technical defects do not justify relief. It is evident that users cannot count upon the guarantee and often accept to sign a maintenance contract.

177. Cass. 18 novembre 1971, R.C.J.B., 1973, 609 et s., note Ph. Gérard et les nombreuses références doctrinales et jurisprudentielles françaises et belges; Cass. 19 juin 1980, J.T., 1981, 616 où le rendement annoncé a été considéré comme vice caché. Cf. également Cass. franç. 20 octobre 1966, Bull.civ. 1966, II, n° 403, 354 et le jugement du tribunal de commerce de Paris du 1er octobre 1981 (Expertises, 1981, n° 34, 17) : «La réception en ce qui concerne les programmes informatiques n'empêche pas le client d'invoquer le vice caché si le jeu d'essai n'a pas testé ce vice...».

178. L'idée est défendue par de nombreux auteurs, déjà Pothier («Traité du contrat de vente», n° 203) soulignait cette continuité. Cf. en outre, M. Alter. «L'obligation de délivrance dans la vente d'objets mobiliers corporels», *op. cit.*, n° 136 et s.; Ph. Gérard «Vice de la chose et vente commerciale», note sous Cass. 18 novembre 1971, R.C.J.B., 1973, 619 et 620.

179. «mais si le dessein de l'acquéreur était aberrant, ne correspondait pas à l'usage habituel ou n'était pas conforme à la nature de la chose, l'acheteur ne pourrait pas invoquer la garantie. Ou, du moins, ne pourrait-il agir sur ce fondement, que s'il avait pris la précaution d'avertir au préalable le vendeur de l'usage particulier auquel il songeait (comp. Cass. comm., 15 janvier 1980, J.C.P., 1980, IV, 125)». (Ph. Le Tourneau, art.cité, R.T.D. Comm., 1980, n° 32).

180. *Supra* n° 24 ^{ns}.

181. Ph. Le Tourneau, art.cité, R.T.D. Comm., 1980, 243, n° 33.

182. Paris 21 juin 1976, ICL c. Interautomation cité par de Lamberterie, art.cité.

garantie. Tout ceci explique que l'utilisateur ne puisse se contenter de la garantie et accepte bien souvent de signer un contrat de maintenance.

Finally, the defect must be hidden.

The guarantee comes into effect only start up tests have taken place which «disclose» apparent defects. There are two tendencies.

Those who hold that the hidden defect guarantee runs from delivery, ie, where user has disposal.

Those who have the maintenance contract run from the delivery date, which means that the user bears the cost of the startup tests and any adjustments.

Hidden must be defined. It is insufficient that user did not have actual knowledge, he must not have been able to know. The user's degree of duty to inspect depends on whether the user is an expert or not.

39. Le vice, quoique existant au moment de la vente ^{182 bis}, ajoutons-nous, doit être caché. Le vendeur ne répond pas des vices apparents.

Premièrement, il s'agit d'insister ici, une fois de plus, sur le fait que la garantie des vices cachés ne peut prendre effet qu'après le contrôle de conformité, c'est-à-dire à la suite des jeux d'essais qui ont pour but de mettre en évidence les vices apparents ¹⁸³. La garantie des vices cachés prolonge l'obligation de conformité. «La non-conformité qui n'apparaît pas lors de la délivrance devient un vice lorsqu'elle se révèle la suite.» A cet égard, on peut reprocher deux pratiques courantes :

1) Celle de faire débiter la garantie des vices cachés à partir de la délivrance, c'est-à-dire dès la mise à disposition du système informatique ¹⁸⁴;

2) Celle de prévoir le début d'exécution du contrat de maintenance à partir de la même date. Il s'agit alors de faire payer à l'utilisateur les frais de mise au point en principe dus par le fournisseur et la correction éventuelle de vices apparents ¹⁸⁵.

Secondement, il s'agit de s'entendre sur l'appréciation du caractère occulte. L'acheteur ne peut se prévaloir de tout vice dont il n'aurait pas eu connaissance, il faut encore qu'il n'ait pu en avoir connaissance. Ici encore, l'appréciation du devoir de diligence à charge

^{182 bis}. Il semble que, depuis l'arrêt de la Cour de cassation belge du 28 février 1980 (J.T., 1981, 241, observ. M. Fallon), la jurisprudence mette à charge du vendeur qui a accepté en outre le service d'entretien de la chose vendue, un «devoir impérieux d'avertissement» des vices qui se révèlent après la vente, peu importe qu'ils existent avant la vente.

¹⁸³. Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 34; *supra* n° 30 notre analyse de la décision de la cour d'appel de Paris du 8 juin 1976 (J.C.P., 1977, II, 18579).

¹⁸⁴. Sur l'obligation de conformité distinguée de l'obligation de livraison, *supra* n° 29 et s.

¹⁸⁵. Idéalement le contrat de maintenance ou d'assistance technique doit prendre cours à la fin des essais.

suivant que l'acheteur est un spécialiste ou non¹⁸⁶. Il est alors à même de procéder à une vérification minutieuse¹⁸⁷.

En cas de vente d'occasion, la jurisprudence met à charge de l'acheteur un devoir particulier de vigilance¹⁸⁸.

• La sanction du «vice caché»

40. Une condition préalable de la sanction est le fait que l'acheteur agisse «dans un bref délai» (art. 1848 C.C.). La durée de ce bref délai est laissée à l'appréciation du juge¹⁸⁹ à moins qu'elle ne soit fixée par les parties¹⁹⁰.

Ce délai court à partir du jour de la découverte du vice ou du jour où le vice aurait dû être découvert. On considère pour les appareils complexes que le jour de la découverte du vice peut être repoussée à l'issue d'une recherche, notamment par voie d'expertise. En tout état de cause, le juge refusera une action tardive sans récrimination préalable; si l'acheteur n'a pas agi plus promptement, c'est sans doute, dira-t-il, que la chose n'est pas vraiment impropre à l'usage convenu¹⁹¹. Enfin, le délai peut être suspendu par des négociations infructueuses avec le vendeur¹⁹².

Where used equipment is sold, the buyer has a greater degree of diligence.

In order to seek relief, the buyer must act within a brief delay. Unless the parties fix the delay, courts determine what this delay is.

This delay starts from the day the defect was or could have been discovered. For complex equipment, the day runs from the day that an expert issues his report. In any case, courts reject actions brought too late, based on theory that if defect was really serious, the buyer would have acted earlier. Finally, the running of the delay is suspended by unsuccessful negotiations with the seller.

186. Cf. à cet égard, les obligations de vérification et de diligence mises à charge de l'utilisateur, *infra* n° 49 et 50; Comp. «Au contraire, lorsque l'acheteur est un professionnel, achetant pour les besoins de son métier, le vice sera plus difficilement considéré comme caché.» (Ph. Le Tourneau, art. cité, n° 42 et les références doctrinales nombreuses).

187. Pour un cas d'application, Paris 12 décembre 1975, J.C.P. 1977, II, 18531.

188. A propos des vices cachés en matière d'objets d'occasion, J. Limpens «La vente en droit belge», op. cit., n° 334, 848, 1929.

189. Le juge tiendra compte en principe des usages en la matière; il peut cependant allonger le délai en tenant compte du comportement du vendeur (Bordeaux 27 avril 1977, J.C.P., 1978, IV, 319).

190. Les contrats informatiques prévoient généralement une limite de temps pour l'intentement des actions en garantie.

191. Pour un exemple en matière de contrats informatiques, l'arrêt inédit de la cour d'appel de Paris 8 juin 1976, Sté Elan C. 3 M. France, où l'acheteur attendit trois ans.

192. Cf. Not. Brux. 18 février 1975, RGAR, 1975, n° 9504 : «Le bref délai de l'action en garantie des vices cachés peut être suspendu par des pourparlers en vue d'un arrangement amiable, mais pas par des prises de position fondamentalement opposées et réitérées»; Cf. en outre, Horsmans et Kint «La réglementation légale des vices cachés dans la vente commerciale», Ann. Fac. dr. Louvain, 1971, n° 3, 237 et s. La jurisprudence française (Cass. 5 juillet 1973, D., 1974, Somm. 4, Cass 18 déc. 1973, Bull. 1973, IV, n° 372) parle d'interruption.

Can the supplier exonerate himself from the guarantee ? French case law excludes this possibility because sellers are deemed to know the defects. Exoneration is possible for sales between professionals or, according to French legal writers, between persons having comparable technical competence.

Mais venons en à la seconde question préjudicielle : le fournisseur peut-il s'exonérer de la garantie des vices cachés ? On connaît le célèbre raisonnement jurisprudentiel : « les clauses d'irresponsabilité sont inefficaces lorsque le vendeur connaissait les vices de la chose (art. 1643 *a contrario*). Or le vendeur professionnel est censé connaître les vices. Le syllogisme se conclut en affirmant que le professionnel ne peut pas stipuler en sa faveur une clause évasive ou limitative de responsabilité¹⁹³. Outre que ce syllogisme pourrait être contesté^{193 bis}, il ne s'applique pas lorsque le contrat est conclu, selon la jurisprudence française¹⁹⁴, entre « professionnels de la même spécialité » ou, selon la

193. Ph. Le Tourneau, art. cité, n° 107; M. Ancel, « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », R.T.D. comm. 1979, 221, n° 26; en droit français, l'art. 2 du décret d'application (24 mars 1978) de la loi du 10 janvier 1978 prohibe les dites clauses dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels. En droit belge, notamment, Frédéricq-Kruithof, « La responsabilité professionnelle du fait des produits », in Rapports belges, Xe Congrès de droit comparé, 1978, 114 et s. On trouvera une application de ce principe en matière de contrats informatiques in *Exacta Constr. et Soc. Wanderer Euromark c. S.A.R.L. Dumont et Besson*, cour d'appel de Paris, inédit (cité par de Lamberterie, art. cité).

193 bis. « Personne ne niera que la présomption de connaissance des vices cachés constitue une fiction juridique, mais il est en même temps regrettable, voire profondément injuste, de créer à l'égard des fabricants et revendeurs professionnels un climat de mauvaise foi, de déloyauté et de fraude. Pour résoudre ce problème, une partie de la doctrine estime que la règle doit être lue de la manière suivante : le vendeur professionnel est présumé connaître ou devoir connaître les vices cachés des marchandises qu'il met en vente. Il ne s'agit pas d'une présomption de mauvaise foi, mais d'une présomption de faute, de négligence » (dont il doit dès lors pouvoir s'exonérer). Frédéricq-Kruithof, art. cit., 117; comp. les remarques de Fallon à propos de Cass. 28 février 1980 citée *supra*. Notons que la jurisprudence belge admet que le vendeur professionnel puisse avoir la possibilité de déceler les vices de la chose (J. Limpens, « La responsabilité du vendeur fabricant en droit belge », in *Etudes offertes à A. Jauffret*, Aix-Marseille, 1975, 453 (pour un cas d'application récent, Cass. 6 mai 1977, RGAR, 1980, n° 10.133). Cette limitation tirée de la preuve de l'erreur invincible pourrait se révéler d'application fréquente en matière de vente de systèmes informatiques. La complexité et la nouveauté de ces systèmes empêchent une parfaite maîtrise du fournisseur à l'égard des performances attendues de ces systèmes.

En droit français, peu d'auteurs ont remis en cause le syllogisme (cf. cependant B. Mercadal « La limitation de la garantie des vices cachés dans la vente de produits fabriqués », J.C.P., 1976, éd., C.I., 12157).

194. Cass. 8 octobre 1973, J.C.P., 1975, II, 17297, note Ghestin où il s'agissait d'une vente d'automobiles d'occasion, l'acheteur étant un professionnel de la même spécialité, cf. en outre Cass. 30 octobre 1978 et 6 novembre 1978, J.C.P., 1979, II, 19178, note Ghestin.

doctrine française¹⁹⁵, entre «personnes ayant une compétence technique comparable».

Notons enfin que des clauses relatives à la durée du délai, de l'action en garantie ou subordonnant la garantie au respect de certaines conditions — on songe ici à l'obligation de faire entretenir le système de façon régulière ou à l'obligation de noter les déficiences constatées¹⁹⁶ — sont parfaitement valables.

41. A supposer dès lors que l'acheteur ait agi promptement et ne puisse se voir opposer une clause limitative de responsabilité, il a le choix suivant l'article 1644 du Code civil entre :

- l'action rédhibitoire qui lui permet d'obtenir restitution du prix contre remise de la chose;
- l'action estimatoire qui l'autorise à garder la chose tout en obtenant une restitution d'une partie du prix, telle qu'estimée par les experts.

Notons que le client ne peut donc, sur base de la garantie des vices cachés, exiger ni le remplacement de l'appareil fourni, ni surtout sa réparation, ce qui souvent l'intéresserait bien plus. Enfin, il pourra selon l'article 1645, sauf preuve par le fournisseur d'erreur invincible¹⁹⁷, obtenir des dommages et intérêts contre le fournisseur professionnel censé connaître les vices de la choses.

• La garantie de bon fonctionnement.

42. L'analyse des clauses particulières des contrats informatiques nous renseignera amplement sur le contenu et l'importance de ces garanties conventionnelles¹⁹⁸. Remarquons simplement que cette garantie est limitée dans

Finally, contractual clauses, eg, term of delay, action for guarantee, obligation to maintain system on regular basis, are legal.

Assuming the buyer as overcome the delay and limitation of responsibility hurdles, under Article 1644 of the Civil Code, he has a choice between... total restitution of the price in exchange for returning the equipment or partial price restitution, as estimated by experts, while retaining the equipment.

In a action based on this guarantee, the buyer cannot demand replacement or repair. Finally under Article 1645, unless the supplier proves unavoidable error, damages may be awarded against a seller deemed to know the defects.

An examine of contractual proper functioning guarantees evidences their importance. This guarantee

195. P. Malinvaud «Pour ou contre la validité des clauses limitatives de la garantie des vices cachés dans la vente», art. cité, n° 20; comp. notre discussion à propos de la qualité de consommateur de l'utilisateur d'un système informatique, *supra*, en particulier la note.

196. Paris 16 octobre 1976. Compta Carte Inf. c. Soc. Burroughs, inédit.

197. Rappelons (*supra* note 194) que l'erreur invincible prouvée exonère le vendeur professionnel.

198. Sur leur contenu et leur analyse, les développements de M. Gevaert dans l'étude proposée pour le même séminaire.

is limited in time and often only covers maintaining in working order and replacement of defective parts, exceptionally, replacing the system.

The contractual delay is not that of a statute of limitations but that of the guarantee.

This delay organizes a trial period. Any defect discovered before its expiration is a construction defect.

le temps¹⁹⁹ et s'entend souvent uniquement du maintien en ordre de marche et du remplacement des pièces défectueuses; exceptionnellement elle permet le remplacement du système.

La stipulation de cette garantie appelle les remarques suivantes :

1) Le délai contractuel de garantie ne signifie pas un délai de prescription mais bien une limitation dans le temps de la garantie²⁰⁰;

2) Ce délai organise une sorte de temps d'épreuve. Toute anomalie de la chose survenue avant l'expiration du délai est irréfragablement présumée due à un défaut de fabrication ou à un vice de la matière²⁰¹.

199. Généralement 6 mois, parfois un an. A noter que ce délai court à partir de la livraison.

200. Quant à la signification du délai de la garantie conventionnelle, les réflexions de Ancel «(La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière», R.T.D. Comm., 1979, n° 9) :

C'est que le contrat en fixant une période de garantie, ne pose pas comme l'article 1648 du Code civil, une règle de prescription, mais une condition de fond de l'obligation du vendeur : le temps fixé au contrat n'est pas le délai laissé à l'acquéreur pour agir, après la découverte du vice, c'est la période pendant laquelle le vice doit se révéler pour être garanti.»

201. Ainsi les clauses du contrat IBM :

GARANTIE :

Les machines vendues au titre du présent contrat seront soit nouvellement fabriquées ou assemblées par IBM au moyen de pièces neuves ou de pièces de réemploi en état de service et équivalentes à des pièces neuves quant à leur fonctionnement en machine, soit des machines qui ont été préalablement installées chez un autre client.

IBM garantit que toute machine sera en bon ordre de marche le jour de son installation et sera conforme aux spécifications standard publiées par IBM.

La présente garantie n'implique pas que le fonctionnement des machines et des programmes ne subira aucune interruption ou sera exempt d'erreur, ni que toute les erreurs de programmes seront corrigées. Elle n'implique pas non plus que les fonctions des programmes correspondront aux exigences du client ou seront opérantes sous toute combinaison choisie par le client pour son utilisation...

Garantie «Service et pièces» :

...IBM fournira le service dit «de garantie» en vue de maintenir ou de remettre en bon ordre de marche pendant un an toute machine de catégorie de garantie A et pendant trois mois toute machine de catégorie de garantie B, C ou D. Sauf comme prévu au paragraphe 9.4 et à la clause 10 «Frais de déplacement», ce service est fourni sans supplément; il comprend :

- un programme d'entretien préventif établi par IBM en fonction des besoins spécifiques de chaque machine, et
- les dépannages sur appel du client.

L'entretien comprend le graissage, le réglage et le remplacement de pièces sujettes à entretien tel que jugé nécessaire par IBM. Les pièces ...

Nos deux remarques attestent que les garanties conventionnelles peuvent à la fois restreindre et étendre le champ d'application de la garantie des vices cachés.

En pratique, cependant leurs délais ne se recouvrent pas^{202 bis} et la doctrine semble admettre que l'acquéreur qui ne peut bénéficier de la garantie conventionnelle peut toujours invoquer la garantie légale, même non mentionnée dans le contrat, du moment que le vendeur ne l'a pas légitimement écartée²⁰². Les deux garanties sont dites «complémentaires»^{202 bis}.

These guarantees may limit and broaden the scope of the hidden defects guarantee.

The two guarantees are complementary....

... de remplacement sont fournies sur une base d'échange et celles qui sont remplacées deviennent la propriété d'IBM.

Le service de garantie fourni au titre du présent contrat n'implique pas que le fonctionnement des machines ne subira aucune interruption.

IBM peut, à sa convenance, entreposer dans les locaux du client l'équipement ou les pièces qu'elle jugera nécessaires pour satisfaire aux conditions de la présente garantie.

Au titre du service de garantie, les changements techniques estimés nécessaires par IBM seront gérés et installés par IBM sur les machines. Pour autant qu'IBM le confirme, suite à la demande expresse du client, celui-ci aura la faculté de n'accepter que l'installation des changements qui seront jugés indispensables par IBM.

IBM aura plein et libre accès aux machines pour effectuer le service prévu. Le client informera promptement IBM de tout changement du lieu d'installation des machines pendant la période de garantie.

Toute prestation, non comprise dans la présente garantie, sera fournie aux taux horaire et conditions alors en vigueur à moins qu'elle ne soit couverte par un autre contrat conclu entre le client et IBM.

201 bis. Garantie «Pièces»

Les machines de catégorie de garantie B et C sont garanties exemptes de tout vice de matière et de fabrication pendant un an, cette durée étant toutefois ramenée à trois mois pour les tubes à vide, transistors et autres composants électroniques. L'obligation IBM est limitée à la fourniture, à titre d'échange, de pièces en remplacement de pièces IBM qui après inspection s'avèrent défectueuses à condition que le client ait signalé sans délai tout défaut de fonctionnement provenant, à son avis, de telles pièces; les pièces sujettes à entretien sont fournies sur une base d'échange et les pièces remplacées deviennent la propriété d'IBM. Aucune prestation de service ne sera fournie au titre de cette garantie de pièces.

202. Ainsi lorsque les deux «commerçants» sont des spécialistes.

202 bis. En droit français, le principe est même légal : le décret n° 78-464 du 24 mars 1978 impose au professionnel qui garantit contractuellement la chose vendue d'informer l'acheteur de la garantie légale. Sur la «complémentarité» de ces garanties, l'une jouant comme «service après vente», l'autre comme sanction de la non-conformité, les remarques d'Anceel, *op. cit.*, n° 26 et s. et celles de Ph. Le Tourneau, «Conformité et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels», R.T.D. Comm. 1980, n° 105 : «L'acquéreur qui a laissé passer le temps d'épreuve contractuel, ou qui constate le mauvais fonctionnement après cette période pourra toujours utiliser la garantie légale...» (Cass. 28 avril 1971, J.C.P., 1972, II, 17280). La jurisprudence belge parvient au même résultat par la présomption de mauvaise foi, mise à charge du vendeur professionnel (sur cette question, cf. *infra* l'étude des clauses d'irresponsabilité, n° 46 et surtout la note de Fallon sous Cass. 28 février 1980, J.T. 1981, 241, où l'acheteur réclamait le bénéfice de la garantie légale malgré une garantie conventionnelle).

Where a there is a sales contract...

La dernière affirmation n'est évidemment valable que si le contrat informatique est qualifié de vente. La garantie des vices cachés peut être exclue dans le cas d'un contrat d'entreprise^{202 ter}.

C'est précisément ce contrat d'entreprise ou de façon plus limitée le devoir de conseil contracté par le vendeur que nous allons maintenant étudier.

c. DE L'OBLIGATION CONTRACTUELLE DE CONSEIL AU CONTRAT DE CONSEIL

Case law requires sellers of data processing systems to provide advice and technical assistance, eg, training of personnel, reorganization of service and utilization of equipment.

43. La jurisprudence des contrats informatiques met à charge du vendeur d'un système informatique, suivant les principes même des articles 1134 et 1135, un devoir de conseil et d'assistance technique. Ce devoir de conseil lors de l'exécution du contrat doit être distingué de celui précontractuel évoqué dans le titre I. Il ne porte plus sur le choix des machines mais s'entend de conseils relatifs à la formation du personnel, à la réorganisation d'un service, à l'utilisation de l'appareil.

The contractual obligation to provide advice may be in a separate contract, one for consultancy, which is only a particular form of an enterprise contract.

Si nous présentons l'obligation contractuelle de conseil dans le cadre d'une vente d'un système informatique, nous ne prétendons pas pour autant y limiter notre propos. L'obligation contractuelle de conseil peut faire l'objet d'un contrat autonome : le contrat dit de « conseil » qui n'est qu'une forme particulière du contrat d'entreprise.

This contract may coexist with a sale or be concluded separately.

Ce contrat peut co-exister avec une vente ou être conclu spécifiquement.

Consultancy contracts co-existing with a sales contract is where, for example, a user requests the manufacturer to solve a particular problem and furnish an appropriate system. The user does not

1) Le contrat de « conseil » est effectivement parfois lié à un contrat de vente. Nous l'avons dit, lorsqu'un utilisateur se tourne vers un constructeur et lui demande de trouver une solution à ces problèmes de gestion et en outre de lui fournir le système approprié à son entreprise, le contrat conclu est, à notre avis, un contrat

202 ter. On peut dès lors s'interroger sur la portée d'une clause telle : « La présente garantie exclut toute autre garantie expresse ou implicite, notamment la garantie implicite d'aptitude à l'exécution d'un travail donné. » Cf. à cet égard, les réflexions déjà évoquées *supra* n° 24 bis.

mixte, à la fois d'entreprise (ou de conseil) et à la fois de vente. Dans une telle hypothèse, l'utilisateur ne se décharge pas de toutes ses responsabilités sur le fournisseur, il entend définir son problème lui-même et collaborer à la recherche d'une solution. Ce point est important et permet de distinguer - encore que la qualification en soit délicate - le contrat mixte évoqué, du contrat informatique «clés en main» qui est, selon nous, un pur contrat de vente. Nous avons déjà insisté²⁰³ sur l'importance de la distinction de ces deux hypothèses. Dans le cas d'un contrat «clés en main» l'appréciation de la conformité se doit d'être fonctionnelle et peut être sévère²⁰⁴. Dans un contrat mixte, ce n'est pas sur le plan de la conformité que l'utilisateur justifiera sa demande contre le fournisseur mais, bien souvent, sur la base d'une faute dans le conseil donné, faute qui s'appréciera selon d'autres critères.

2) Le contrat de conseil peut émaner d'une autre personne que le fournisseur²⁰⁵ par exemple d'une société de services et conseils en informatique, chargée pour le compte de l'utilisateur de trouver le système informatique approprié aux besoins de ce dernier.

3) Le contrat de conseil peut avoir un objet plus précis encore, ainsi le développement d'un logiciel d'application propre à l'entreprise de l'utilisateur.

Dans tous ces cas, le juge déduira l'existence tacite²⁰⁶ ou expresse d'un contrat de conseil. Les obligations engendrées par un tel contrat sont évidemment plus lourdes que celles que nous avons pu découvrir lors de la période précontractuelle.

44. Pour invoquer la responsabilité contractuelle du conseil, le client devra établir :

delegate all his responsibility to the seller. He defines his problems and cooperates in finding solutions. This mixed contract situation is distinguished from a turnkey data processing contract which according to the authors is a pure sales contract and where conformity must be based on meeting specific specifications. In a mixed contracts, users generally rely not on an absence of conformity as the bases of an action on faulty advice, which is judged by other criteria.

The consultancy contract to select an appropriate system may be concluded with a person other the supplier, eg, a service bureau.

The consultancy contract may be for the development of applications programs.

In all these cases, the court will find an express or tacit consultancy contract, the obligation of which are more severe than the precontractual obligation to advise.

To show the advisor's liability, the client must prove :

203. *Supra* n° 24 ^{1er}.

204. *Supra* n° 33. Comp. : «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 clients et se réservant l'entière initiative de la conception comme de l'exécution» (Flamme, Chron. citée, n° 35).

205. Sur cette distinction, J.F. Mialon «Le contrat de conseil en organisation d'entreprise», R.T.D.C., 1973, 3 et s; R. Savatier «Les contrats de conseil professionnel en droit privé», D. 1972, Chron., 138 et s, en particulier n° 13 et s.

206. Sur cette déduction tacite d'un contrat de conseil, Lucas de Leyssac, *op. cit.*, p. 283.

Faulty advice...

Either in its absence or inadequacy

As Savatier notes, due care is a flexible pragmatism. The court will consider the circumstances surrounding the advice, its urgency, the amount paid, the reputation of the advisor, the client's lack of information. The first decision to sanction the failure to advise dates from February 7, 1980.

A small business already negotiating with a manufacturer retained the services of a consultancy bureau. It rented a system which inadequately treated the operations. The consultant declined all responsibility, contending that he intervened when negotiations were underway. Argument rejected. The Court held that a professional data processing consultant could have easily found the faults of the system selected.

Failure to advise requires proof that advice was sought. In the above cited 1980 decision, the Court went to pains to point out

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 ²⁰⁷.

Le critère de la «diligence due» est, comme le note Savatier ²⁰⁸, 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 ²⁰⁹.

Une petite entreprise déjà en pourparlers avec un constructeur fait appel à une 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 réfute toute responsabilité. Il a été appelé en cours de discussion lors précisément d'une modification de la commande prévue ²¹⁰. 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 la détermination de la faute. Ainsi, il ne peut y avoir carence du conseil si le client ou - plutôt l'expert ²¹¹ - n'établit pas que le conseil lui était dû dans

207. 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.

208. R. Savatier, *op. cit.*, n° 32.

209. Paris 7 février 1980, Prévost c. Scofi, *Expertises* n° 20, 2 et s.

210. Il s'agit du passage d'un traitement en deux temps à un traitement en «conversationnel». Le constructeur avait recommandé le premier système.

211. Il s'agit du passage d'un traitement en deux temps à un traitement en «conversationnel». Le constructeur avait recommandé le premier système.

le champ d'activité où son client lui demandait de le guider. Dans le jugement précité, 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 tel système, 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, si l'exactitude du conseil ne peut être réclamée, « le « conseil » doit avoir mis la diligence normale ^{211 bis} à s'informer exactement des éléments de droit et de fait commandant les avis à fournir, puis à y faire exactement application de la technique qu'il représente ²¹². 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. ^{212 bis} « Le conseiller commet une faute professionnelle en proposant un équipement trop puissant et inutilement coûteux aussi bien qu'en proposant un équipement insuffisant ». ^{212 ter} En outre, si la mise en place d'un système informatique comprend toujours une possibilité de choix et certains risques, le

that the profession consultant has to duty to draw the client's attention to the system's deficiencies. This contractual obligation entails, in general, the obligation to inform the client of any drawbacks a particular system may have, and even to advise against a data processing system where a particular client's situation does not warrant one.

Equally the care taken by the advisor must be reasonable, ie, he must inform himself of the law and facts supporting the opinion to be rendered and competently apply the technical knowledge which he is supposed to have. Hence, he must be exact in his advice; not recommending equipment too powerful or too costly or vice versa. Moreover, in accordance with professional usages, he must evaluate each alternative and their inherent risks.

^{211 bis}. La doctrine parle d'obligation de moyens (G. Viney, art.cité, 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 en l'apparence 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, Simont - de Gavre, *Chron.citée*, 333, n° 200; Flamme, *Chron.citée*, n° 33).

²¹². Paris 10 juillet 1980, C.H.B. c. Le Boule, *Expertises*, 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. Comp. 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.

^{212 bis}. R. Savatier, *op. cit.*, n° 34. Une application intéressante du principe de la mise à jour est faite à propos des conseillers en brevets. 8. Van Reepinghen, « Quelques réflexions sur la responsabilité en matière de recherches d'antériorités de marques », J.T., 1974, 40 et s.

^{212 ter}. Paris 15 mai 1975, Soripa c. Logabax, J.C.P., 1976, I, 18265, où il s'agit d'un vendeur-conseiller.

conseil suivant les règles de l'art propre à sa technique ²¹³ 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 qu'il pourrait en tirer ^{213 bis}.

2) Le dommage et le lien de causalité.

As the consultant does not replace the user, what is the extent of the consultant's responsibility. Savatier proposed the following rule : more the sens of the advice and its purpose correspond to a necessity for the user, the easier the court will find a causal relation with the user's act or omission to act.

45. Nous avons déjà insisté sur le fait que le conseil ne supprime pas la liberté de choix dans le chef de l'utilisateur ²¹⁴. Dans quelle mesure dès lors tenir le conseiller pour responsable de son conseil ou de l'absence de son conseil ? Savatier ²¹⁵ 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'absence du client. »

213. « 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).

213 bis. Dans l'affaire Soripa-Logabax citée note 209 *ter*, il n'a pas été reproché à Logabax d'avoir tenu compte de l'extension de l'entreprise. Comp. 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. »

214. *Supra* n° 27, nos réflexions sur le rôle de l'expert.

215. R. Savatier, *op. cit.*, n° 38; Comp. G. Viney, *op. cit.*, n° 24 *in fine*.

Il est évident que le rapport causal sera bien 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 citée²¹⁶, outre bien 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.

This causal relationship will be easier to establish where the obligation to advise is contractual, since a consultancy contract is concluded because it represents a necessity for the user. What damages is the consultant responsible for? In the above cited case, not only did the consultant have to reimburse its fees, but also the rentals paid to the manufacturer and expenses incurred by the user to attempt to adapt the system...

On aurait pu éventuellement y ajouter la perte de chances de conclure ailleurs un bon contrat.

Loss of opportunity to conclude a proper contract could be added.

Lorsque le conseiller est en même temps le vendeur, il nous apparaît que la meilleure réparation de la faute dans le contrat de conseil devrait pouvoir consister en la résolution de la vente^{216 bis}.

Where the consultant is also the seller, the authors argue that the user's remedy is contractual cancellation.

Remarque finale : les clauses de délimitation de responsabilité et la responsabilité aquilienne du fournisseur.

46. Les contrats informatiques contiennent de nombreuses clauses de délimitation de responsabilité. Nous avons, certes, évoqué certaines de ces clauses : clause de garantie conventionnelle, clause de non-responsabilité pour le retard de livraison, clauses limitatives en matière de vices cachés. Nous étudierons par la suite les clauses pénales. Au-delà de ces multiples cas, il est permis de donner une synthèse rapide de ces clauses, de leur validité et de leurs effets.

Data processing contracts include a number of clauses limiting liability: clauses reducing the check of contractual guarantees, exculpating for late delivery and hidden defects. Penal clauses will be examined below.

216. Paris 7 février 1980, *Prévost c. Scofi*, *Expertises*, n° 20, 2 et s.

216 bis. Il semble en effet que le juge doive admettre, même si les deux contrats ont été scindés, que le contrat de vente a été conclu sous la condition résolutoire tacite que le contrat de conseil est bien exécuté.

These clauses are varied : certain exclude any liability, others limit or increase the supplier's liability, others result in the supplier guaranteeing proper functioning even for unforeseeable events while others require, the supplier to replace defects parts, restore the system or even reimburse part of the sales price to unsatisfied users.

These clauses are generally considered valid, even if they exonerate or limit liability, provided there is proof to show they were accepted by the user.

Case law and legal writers have establish limits, eg. a supplier may not exonerate himself from his own fraud and professional sellers may not stipulate away the hidden defect quarantine when contracting with nonexperts. Since a 1959 decision, Belgian case law admits that a seller may exonerate himself from «fault lourde».

Notons d'abord leur variété²¹⁷. Certaines clauses excluent toute responsabilité; d'autres se préoccupent de limiter les dommages et intérêts éventuellement dus ou limitent le délai pendant lequel la responsabilité du fournisseur peut être soulevée; d'autres enfin, aggravent la responsabilité du fournisseur. Ces dernières sont dites clauses «publicitaires», ainsi celles par lesquelles le fournisseur garantit le bon fonctionnement du système pendant une période convenue même dans l'hypothèse de cas fortuit, il s'oblige à fournir les pièces de remplacement, à remettre en état de système, voire à rembourser le prix à l'acheteur insatisfait^{217 bis}.

La validité de ces clauses, qu'elles soient d'aggravation ou de diminution, n'est pas discutée, même si l'efficacité des clauses de non-responsabilité ou de limitation de responsabilité est subordonnée à la preuve de leur acceptation²¹⁸.

Les doctrine et jurisprudence dégagent cependant certaines limites. Ainsi, le fournisseur ne peut s'exonérer de son dol. La jurisprudence belge, depuis le 25 septembre 1959²¹⁹, admet par contre qu'il puisse s'exo-

217. L'article de Starck («Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité», D. 1974, Chron., 157 et s.) distingue :

1° les clauses pénales;

2° les conventions inhérentes au contenu du contrat (clauses de non-garantie d'éviction, de conformité de vices cachés);

3° les clauses relatives aux conditions de naissance ou d'extinction de la responsabilité;

4° les clauses limitatives du montant de la responsabilité.

Pour la présentation de ces clauses dans les contrats informatiques, lire de Lamberterie, «Clauses d'exonération ou limitatives de responsabilité», *Expertises*, 1981, n° 5, 13 et s.

217 bis. Certains contrats informatiques prévoient cette faculté de remplacement ou de remboursement pour utilisateur insatisfait.

218. C. Renard, «Les modifications conventionnelles de la responsabilité en droit belge». Rapports belges au Congrès international de droit comparé de Téhéran, Bruxelles, 1974, 92. Cette acceptation se déduit en principe de la signature du contrat, sauf exception tirée de certaines circonstances (rapidité de la conclusion du contrat, rélegation dans un endroit insolite).

219. Cass. 25 septembre 1959, Pas. 1959, I, 116 avec les conclusions conformes de l'avocat P. Mahaux. Comp. pour le droit français, Starck (*op. cit.*, n° 35) :

«Ceci posé, il va de soi que la clause ne jouera pas en présence du dol pour les raisons ci-dessus indiquées, confortées par la lettre même de l'article 1150 précité *in fine*. D'autre part, on n'oublie pas, même si l'on ne comprend pas bien pourquoi..., que la faute lourde est équipollente au dol. La clause limitative écartée en cas de dol, l'est aussi en présence d'une faute lourde».

nérer de sa faute lourde. De même, le vendeur professionnel ne peut s'exonérer de la garantie des vices cachés lorsqu'il contracte avec un non-spécialiste²²⁰.

Enfin, et surtout, les doctrine et jurisprudence n'admettent pas les clauses contraires à l'essence même du contrat²²¹. Ainsi, il est évident qu'une clause par laquelle une société de conseils prodiguerait des conseils sans aucun engagement de sa part quant à la qualité du conseil serait nulle. Plus problématique, le cas d'une clause supprimant la responsabilité du vendeur pour non-conformité, clause qui semble cependant avoir été admise²²².

L'effet de ces clauses est facile à décrire. Il est bien évident qu'elles s'imposent au juge du contrat. En ce qui concerne la responsabilité délictuelle, les clauses contractuelles ont-elles quelque effet ? Ainsi, la clause par laquelle l'utilisateur reconnaît avoir reçu toute information utile et exonérer le fournisseur de toute conséquence dommageable due à ces informations, décharge, c'est évident, le fournisseur de son obligation contractuelle d'informer. En va-t-il de même pour son obligation pré-contractuelle et quasi délictuelle ? C'est l'avis de la doctrine française qui estime que la clause ne peut avoir pour effet de limiter la responsabilité délictuelle en cas de faute prouvée. La clause n'aurait pour signification qu'un renversement de la charge de la preuve^{222 bis}. La

Finally and above all, clauses contrary to the essence of a contract are not upheld, eg, consultancy contracts excluding liability arising from advice given. A clause eliminating liability in the case of non-conformity, however, appears to have been upheld.

The court must recognize the contractual clauses, but what is their effect for tort purposes ? For example, if a clause recites that the supplier has met his obligation to inform the user and the user discharges the supplier from this obligation, the supplier's contractual duty is met but French legal writers consider that if it can be proven that information was not in fact given, the supplier may be liable in tort. Hence, the clause simply shifts the burden of proof. The Belgian position is different because exoneration from tort liability is recognized.

220. Sur ce point, cf. *supra* n° 40.

221. C. Renard, *op. cit.*, p. 94 : « Ainsi une agence de renseignements ne pourrait s'exonérer de ses fautes même légères, parce que cette stipulation enlèverait tout caractère sérieux au contrat qu'elle noue avec son client. Si cette restriction, ajoute Renard, a d'abord été invoquée, à propos d'obligations essentielles, elle a ensuite été appliquée à des stipulations secondaires; à ce point-là, on n'est pas loin de considérer qu'aucune clause de non-responsabilité ne peut plus être stipulée par ces derniers. » Comp. Starck (*op. cit.*, n° 13) : « Il paraît naturel de leur (aux parties) permettre de façonner à leur gré le contenu du contrat dès lors qu'elles ne portent pas atteinte à une obligation essentielle inhérente à la nature même du contrat. »

222. Cf. *supra* n° 33 nos réflexions. Il est à remarquer que les clauses de non-conformité des contrats informatiques sont limitées. Il ne s'agit pas de permettre une non-conformité absolue mais de la limiter aux spécifications techniques, ce qui à notre avis est parfaitement valable.

D'autre part, une clause de non-conformité ne peut supprimer le devoir précontractuel et contractuel de conseil.

222 bis. « De nombreux arrêts affirment sans nuances que la responsabilité délictuelle étant d'ordre public, les conventions supprimant ou limitant cette responsabilité sont nulles. Le seul effet de ces clauses est le renversement de la charge de la preuve. » (B. Starck, *op. cit.*, n° 21 et les références jurisprudentielles y reprises).

solution belge est à notre avis différente. Rien n'empêche de s'exonérer de sa faute délictuelle^{222 ter}. Cette exonération comprend-elle les conséquences des fautes délictuelles précontractuelles ? On est porté à le croire si l'on suit les affirmations de Van Rijn²²³. « Les clauses d'exonération suppriment aussi bien la responsabilité délictuelle que la responsabilité contractuelle pour tous les faits dommageables et pour toutes les causes de préjudice auxquels ces clauses s'appliquent suivant leurs termes et suivant leur esprit. »

Unless fraud is proven.

Ainsi dans la mesure où une clause du contrat stipulerait clairement l'inexistence de toute responsabilité du fournisseur pour les faits de la période précontractuelle, ce dernier ne pourrait être condamné pour responsabilité délictuelle précontractuelle sauf à démontrer le dol dans le chef du fournisseur²²⁴.

The relationship between tort and contract liability is settled in France : tort liability does not govern contractual relations. In Belgian it appears that the two may arise together.

47. Cette dernière remarque nous conduit à une réflexion plus large sur la question délicate du choix ou du cumul entre les responsabilités contractuelle et délictuelle²²⁵. La position française est claire : « La responsabilité délictuelle ne peut régir les rapports contractuels. C'est le principe de non-immixtion²²⁶ ». Celle belge est plus nuancée et on peut, sans entrer dans les controverses suscitées par deux arrêts récents²²⁷, la résumer comme suit : « De la seule circonstance qu'une conven-

222 ter. J. Van Rijn, « Les clauses de non-responsabilité », R.G.A.R., n° 703; du même auteur, « Responsabilité aquilienne et contrats », Paris 1933, n° 11; J.C. Fagnart. Chron. citée, n° 1 C; C. Renard, *op. cit.*, 102. En jurisprudence, Brux. 26 novembre 1971, J.P.A., 1972, 105.

223. J. Van Rijn, « Responsabilité aquilienne et contrats », *op. cit.*, 333. Une seule limite à la validité de la clause d'information, l'existence déduite ou expresse d'un contrat de conseil. Une telle clause serait alors contraire à l'essence même du contrat.

224. Cf., à cet égard, la clause proposée par Bensoussan « (Les clauses-pièges des contrats informatiques), article à paraître. »

225. Sur cette question controversée, outre les écrits déjà cités, note 219 ter, lire Dalcq-Glansdorff, « Responsabilité aquilienne et contrats », note sous Cass. 4 juin 1971 et Cass. 7 décembre 1973, R.C.J.B., 1976, 12 et s.; J.H. Herbots, « Quasi delictuele aansprakelijkheid en overeenkomsten », TPR, 1980, 1055 et s.

226. Ph. Le Tourneau, « La responsabilité civile », 2e éd., 1976, n° 346 et les nombreuses références.

227. Il s'agit des arrêts de la Cour de cassation des 4 juin 1971 et 7 décembre 1973 commentés par Dalcq et Glansdorff qui y voient des arrêts de principe aboutissant à une solution équivalente à la solution française, Van Rijn (J.T., 1975, 505); Fagnart (R.G.A.R., 1974, n° 9137); Rasir (J.T., 1976, 164); Herbots (R.W. 1973-74, ecl. 1597) qui refusent d'y voir une « révolution » jurisprudentielle.

tion existe entre celui qui a causé le dommage et celui qui en est la victime, il ne résulte pas qu'une responsabilité extraordinaire extracontractuelle soit exclue». ²²⁸

Le choix de l'action en responsabilité est possible dans le seul cas où et la faute et le dommage ne sont pas purement contractuels ²²⁹. Appliquons ces principes au contrat informatique.

Ainsi, l'obligation pour un professionnel, le fournisseur, de respecter les règles de l'art, notamment sur le plan technique, est une obligation légale, engageant sa responsabilité aquilienne ²³⁰. En même temps, le contrat conclu avec l'utilisateur impose au constructeur, au moins de façon implicite (art. 1135 C.C.), de respecter les règles de l'art. Contre le fournisseur d'un système informatique qui, dans l'exercice de son art, commet une faute, l'utilisateur a le choix. La faute est génératrice, à suivre les enseignements du droit belge, à la fois de responsabilité aquilienne et à la fois de responsabilité contractuelle ²³¹.

Le choix de l'action sera dicté par les critères suivants : l'article 1382 permet incontestablement la prise en considération de dommages non directement liés à la mauvaise exécution ou à l'inexécution du contrat ainsi les pertes financières dues au mauvais fonctionnement du système informatique; il permet aussi d'échapper aux règles de prescription courte imposées à la plupart des actions en responsabilité contractuelle (action en garantie des vices cachés, action pour non-conformité, etc.). En revanche, la responsabilité délictuelle exigera la preuve d'une faute de l'auteur du dommage, faute bien souvent présumée en matière d'action contractuelle ²³².

228. Cass. 7 novembre 1969, Pas., 1970, I, 215.

229. Sur la mise en évidence de ce principe, Herbots, art. cité, TPR, 1980, 1083 et s.

A contrario, l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles (14 octobre 1969, Pas., 1970, II, 4) qui exclut la responsabilité aquilienne lorsque le dommage naît de la seule inexécution du contrat.

230. J.L. Fagnart, Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile, J.T., 1969, 255, n° 12.

231. Pour un cas d'application, à propos de l'action contre un entrepreneur pour un carrelage mal réalisé, Liège 8 mars 1973, Entreprise et le Droit, 1975, 207 et s. note J.L. Fagnart.

232. Sur l'intérêt de choisir telle ou telle action, les considérations de Fagnart (Chronique citée, J.T., 1976, n° 3).

Hence, choosing a remedy is only possible where the fault and the damage are not purely contractual. The authors apply this Belgian position to data processing contracts.

The obligation for a supplier to follow the rules of the trade in technical matters, is both a tort rule and if implied in a contract, a contract rule. Hence if the supplier commits a fault, the user has the choice between an action in contract or in tort.

The choice will be dictated by the following criteria. Article 1382 permits recovery of damages not directly arising from non or improper contractual performance, eg, financial losses due to a system's faulty functioning and avoids the short statute of limitations period of contractual liability, eg, hidden defects guarantee. However, a tort action requires proof of fault, proof which is often presumed in actions based on contract.

User's duty to take delivery, to collaborate and to pay.

The supplier's delivery obligation is met when the item is individualized, but most often it also includes the installation of the system at the user's premises...

In which case, the user to meet duty to take delivery must provide the supplier with appropriate space, electrical current, air conditioning, security measures, etc.

These details of taking delivery generally are contractually stipulated.

The user's duty to collaborate is directly derived from his duty to perform the contract in good faith (Article 1134 of the Civil Code). In one form or another this collaboration duty permeates all the contractual phases, the duty to take delivery being its first appearance.

B. L'OBLIGATION POUR L'UTILISATEUR DE PRENDRE LIVRAISON, DE COLLABORER ET DE PAYER LE PRIX

L'obligation de prendre livraison.

48. Nous avons parlé de l'obligation de délivrance dans le chef du fournisseur. Celle-ci peut se résoudre par la simple individualisation de l'objet vendu, elle comprendra le plus souvent l'installation du système dans les locaux de l'utilisateur²³³.

Prendre livraison, c'est en toute hypothèse, pour l'acquéreur, accomplir des actes qui dépendent de lui et sont nécessaires pour que le vendeur puisse effectuer la délivrance. Dans le cas d'une délivrance par simple individualisation, l'exécution de l'obligation de prise de livraison pose peu de problèmes. Lorsque la délivrance se fait par la mise à disposition de l'installation dans les locaux de l'utilisateur, celui-ci se devra de mettre à la disposition du fournisseur les locaux appropriés, les appareils nécessaires au raccordement des machines. Il doit avoir prévu l'adduction du courant électrique, éventuellement le conditionnement de l'air, le faux plancher et autres mesures de sécurité, etc.

Ces différentes modalités de la prise de livraison sont généralement prévues explicitement par le contrat²³⁴.

Le devoir de collaboration.

49. C'est le devoir le plus important. Il découle directement du principe de l'exécution de bonne foi du contrat (art. 1134 C.C.). Le fournisseur attaqué pour non-conformité, manquement à son devoir de mise au point ou même garantie des vices cachés peut – nous en aurons maintes confirmations jurisprudentielles –

²³³. *Supra* n° 28.

²³⁴. «Le client fournira un local approprié à l'installation et aménagé conformément aux spécifications du manuel d'installation.. qui est d'application.»

exciper du défaut de collaboration de l'utilisateur²³⁵. Ce devoir de collaboration peut prendre de multiples formes et existe aux différents stades du contrat. A cet égard, le devoir de prendre livraison, dont nous venons de parler, en est une première manifestation.

La jurisprudence a consacré à de multiples reprises l'obligation de collaboration de l'utilisateur dans la mise au point des programmes. Rappelons que cette obligation interdit toute dénonciation précipitée du contrat²³⁶. A ce devoir d'abstention, s'ajoutent de nombreux devoirs positifs. Le client doit mettre à la disposition du fournisseur les informations et les moyens susceptibles de faciliter sa mission. Il prévoira le personnel suffisant et assurera éventuellement²³⁷ sa formation. Il doit suivre les conseils du fournisseur à propos de la mise en route du système et permettre au fournisseur l'accès aux locaux pour la mise au point du système²³⁸.

Case law has repeatedly imposed the collaboration duty on the user in perfecting programs, which prohibits any premature contractual withdrawal obliging the user to furnish the supplier with information and the means to achieve the objective, to have adequately trained personnel, to follow the supplier's advice during the start-up and to give the supplier access to the premises to perfect the system.

50. Deux décisions françaises soulignent ce devoir de collaboration :

— L'affaire IBM c. Verdier jugée par la cour d'appel de Paris le 21 juin 1971²³⁹ mérite d'être citée. Elle met en évidence la réciprocité des devoirs que le principe de bonne foi exige des deux parties.

Two French decisions emphasize this duty. A 1971 decision of the Paris Court of Appeals, IBM v. Verdier illustrates the parties' reciprocal duties as well as the good faith required of each party.

235. Encore faut-il que ces défauts de collaboration soient réels : «(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.»

236. Cf. à cet égard l'attendu de la cour d'appel de Paris, étudié *supra* n° 30.

237. De nombreux contrats prévoient à charge du fournisseur une obligation de formation du personnel.

238. Paris 15 mai 1975, J.C.P., 1976, I, 18265, où le juge relève à l'appui des arguments du fournisseur que ce dernier «s'était vu refuser à plusieurs reprises l'accès des locaux pour la mise au point éventuelle de l'appareil» : Cf. en outre, la décision bruxelloise du 18 février 1980 où le juge reproche 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 étroite».

239. Paris 21 juin 1971, J.C.P., 1972, II, 17138.

In 1961, IBM and the company Verdier signed an IBM service contract, under which IBM undertook to provide Verdier with multicopy equipment, to maintain them, to train Verdier's personnel and to furnish technical documentation.

In 1964, a few months after delivery, problems arose resulting from the failure of the documentation service. Because of an increased workload, Verdier accepted in 1967 to sign, after a period of collaboration, a contrat to transfer the work to a computer (analyse and programming).

In 1968, the relations turned sour because the service became disorganized, certain employees committed errors, the reader failed, etc. Verdier stopped payments, requested cancellation of the 1967 contract and damages for fault and prolonged failures. Previously IBM had put Verdier on notice to pay. In the absence of a reply, it had cancelled the contract.

The court found that IBM not only undertook to supply equipment and to guarantee their proper operation but also to furnish services necessary so that the machines were properly used, ie, organization of the user's administrative and accounting departments, while the user had the actual control and

En 1961, un contrat de service IBM est signé entre la société Verdier et la société IBM aux termes duquel IBM s'engage à mettre à la disposition de son client des machines mécanographiques, à assurer leur entretien et la formation du personnel ainsi que la fourniture de brochures techniques.

Dès 1964, soit quelques mois après la livraison, des problèmes surgissent malgré l'engagement d'un coordinateur entre les services et l'atelier IBM, en raison de la « carence pertinente des services émetteurs de documents ». L'accroissement du volume du travail conduit la société Verdier à accéder à une proposition d'IBM visant à accroître la configuration. Le contrat est signé en 1967 après une préparation (collaboration) des deux sociétés au passage des applications sur l'ordinateur (analyse et programmation).

En 1968, les relations entre les deux sociétés se dégradent à la suite de plusieurs circonstances : désorganisation du service, erreur de certains membres du personnel, panne de l'appareil de lecture, démission du coordinateur, etc. Verdier cesse le paiement de ses loyers et demande la résiliation du contrat de 1967 ainsi que des dommages-intérêts pour carence fautive et prolongée ! Auparavant IBM avait déjà mis en demeure la société Verdier de lui payer ses arriérés et, en l'absence de réponse, il avait résilié le contrat.

La cour a considéré que le service d'IBM ne comportait pas seulement la fourniture de machines et garantie de leur bon fonctionnement technique mais devait comprendre aussi les prestations nécessaires pour en assurer la compatibilité avec l'organisation administrative et comptable de l'entreprise destinées à rendre possible le bon fonctionnement. Il est vrai que IBM devait participer par ses conseils et son assistance technique à la réorganisation qui *in casu* s'avérait nécessaire au bon déroulement des opérations, mais il apparaît tout aussi certain que le client a seul le contrôle et la res-

ponsabilité de cette organisation. C'est à lui de suivre les directives données par le fournisseur et de prendre les mesures indispensables à l'adaptation de cette organisation.

responsibility for this organization and had to take the measures necessary to adapt his organization.

S'il apparaît dès lors que les difficultés tiennent essentiellement à une adaptation insuffisante du travail ou de l'organisation au sein de la société de l'utilisateur, la responsabilité de ce dernier sera engagée.

Il importera pour l'expert, décide le juge, de déterminer exactement la collaboration des parties c'est-à-dire de rechercher :

The court appointed an expert to determine if each party had met their obligations.

— d'une part si le fournisseur a rempli son obligation de conseil en éclairant l'utilisateur sur les exigences techniques des appareils (comme les modalités d'enregistrement des opérations comptables),

— d'autre part si l'utilisateur s'est conformé aux directives du fournisseur et a procédé à la réorganisation de son entreprise, etc., indispensable au bon fonctionnement du système informatique ^{239 bis}.

— la seconde affaire, plus récente, la décision date du 24 mai 1977, concerne la mise au point d'un logiciel d'application ^{239 ter}. Un contrat est intervenu en 1971 entre les établissements Promill et la société informatique Singer.

The second, more recent decision (1977), concerned perfecting software applications programs. In 1971, the data processing company, Singer, concluded a contract with Promill Establishments. For a data processing system.

Par ce contrat, Singer s'engage à installer un système informatique pour l'automatisation des différents travaux de gestion de Promill. Singer promettait en outre, à titre gratuit, l'assistance technique, la réalisation des

Moreover, Singer gratuitously undertook to provide technical assistance, realize the necessary programs and train the per-

^{239 bis} Comp. Paris 29 avril 1980 Honeywell Bull c. Durant, *Expertises*, 1980, n° 19 2 et s. où, d'une part, l'utilisateur fut jugé en faute de dénoncer brutalement le contrat après l'échec d'un premier test de conformité alors que des remèdes étaient proposés et qu'il se refusait à de nouveaux essais, où, d'autre part, le fournisseur était en tort pour avoir adopté un comportement ambigu en n'indiquant pas clairement son attitude à la société utilisatrice.

^{239 ter} Paris 24 mai 1977, Promill c. Singer, *Expertises*, 1978, n° 3, 5.

sonnel. Singer sent several proposals to Promill, which never replied.

After having summoned Singer to prefect the applications programs, Promill suspended payments. Singer contends that the equipment delivered was in perfect working order.

The court emphasized that the user must collaborate with the adaptation of the programs especially since the user did not establish specifications.

Moreover, the user could not complain that the supplier had accepted a services which he did not habitually perform because a service bureau had abeedy warned him of this fact.

The supplier showed that it was not able to verify conformity under normal conditions and therefore unless a court appointed expert found that manifestly there was nonconformity, the supplier could not be held liable.

programmes nécessaires et la formation des agents préposés à la mise en route. Singer envoie plusieurs projets à Promill. Ces projets restent sans réponse.

Après sommation faite au fournisseur de mettre au point les divers programmes d'application, Promill suspend ses paiements. Singer réclame alors la restitution du matériel livré, celui-ci étant parfaitement fiable.

La cour souligne que l'utilisateur se devait d'apporter sa contribution indispensable à l'élaboration du logiciel d'application d'autant qu'il n'avait pas établi de cahier des charges. Il ne pouvait se dispenser de ce devoir en prétextant qu'il n'était pas apte à juger des qualités et défauts du système. Le fournisseur l'avait en effet instamment prié de marquer son accord à propos du dossier d'analyse remis²⁴⁰.

Il ne pouvait non plus se prévaloir de la légèreté avec laquelle le fournisseur avait accepté une prestation peu compatible avec son travail habituel. Une société de conseil spécialisée avait en effet mis en garde l'utilisateur du fait que la prestation demandée correspondait mal à la vocation d'un constructeur.

La démonstration de faute du client lors de la mise au point du système permettra au fournisseur d'affirmer que le contrôle de la conformité n'a pu être fait dans

240. L'habitude pour le fournisseur de faire signer au terme de son étude préalable le dossier d'analyse soulève des questions embarrassantes.

Si l'agrégation d'un dossier d'analyse permet au fournisseur de s'exonérer des erreurs de conception dont les programmes ultérieurs pourraient souffrir, elle met l'utilisateur peu initié dans une situation embarrassante :

- d'une part, la phase d'analyse a pris un certain temps et remettre en cause le dossier, c'est remettre en question le contrat initial ou du moins obérer le climat de confiance;

- d'autre part, il s'agit souvent d'une documentation technique, ésothérique et peu lisible pour l'utilisateur mal initié.

Il serait préférable d'obliger le fournisseur à donner, d'une part, un ensemble de données et d'informations dans le cadre des besoins exprimés : la responsabilité du client n'étant engagée que sur l'exactitude des informations fournies et non la conception du système informatique élaboré; d'autre part, la maquette du futur système avec ses implications sur le plan organisationnel.

des conditions normales et que dès lors, a priori, il ne peut être tenu responsable de la non-conformité, sauf pour le client ou l'expert, nommé par le juge, de démontrer qu'en soi le système était manifestement non-conforme²⁴¹.

A ces obligations lors de la mise au point, ne se limite pas le devoir de collaboration du client. Lors du contrôle de conformité, l'utilisateur a le devoir de vérifier l'absence de défaut²⁴². Il ne pourra invoquer un vice prétendument caché s'il est coupable d'une négligence fautive dans la vérification. En outre, il est évident qu'il ne pourra tenir le fournisseur responsable du mauvais fonctionnement d'un système relatif à une application non prévue dans le contrat²⁴³.

The user must also collaborate during the conformity control and had the duty to verify the absence of defects. He cannot invoke so-called hidden defects if he was negligent in the verification. Moreover, the supplier will not be liable for an application not foreseen in the contract.

L'obligation de payer le prix

51. Il suffira d'attirer l'attention du lecteur sur certaines pratiques des contrats informatiques sans prétendre pour autant être complet⁵⁵⁰. Les articles 1583 et 1591 du Code civil relatif à la vente⁵⁵¹ établissent l'obligation de déterminer le prix. On connaît en outre les nombreuses réglementations qui existent, du moins en Belgique²⁴⁴, en matière de réglementation des prix. Ainsi, les clauses d'indexation dans tous les contrats donnant lieu au paiement d'un prix «commercial ou industriel»

Concerning the obligation to pay the price, Articles 1583 and 1591 of the Civil Code establish the obligation to determine the price. Price regulations are numerous, at least in Belgium. For example, indexation clauses are limited by the March 30, 1976 law. déclaration of price increases, maximum and standard prices are regulated.

241. C'est typiquement la solution affirmée par le tribunal de commerce de Bruxelles du 18 février 1980 (*supra* n° 34).

242. Sur cette obligation, Cass. 4 mai 1939, Pas. 1939, I, 224. Comp. La notion de bref délai en matière de vice caché.

243. Cf. en ce sens, Paris 21 juin 1974, ICL c. Interautomation, arrêt inédit cité par Y. de Lamberterie, *op. cit.*, note 24.

243 *bis*. Nous ne parlerons pas de la question des prix «discriminatoires» longuement évoquée in P. Durand-Barthez. Les contrats de vente OEM dans l'industrie électronique, *DPCI*, 1980, 536 et s. Nous n'évoquerons pas non plus la question de l'échelonnement du paiement pratiqué et souhaitable. A cet égard, H. Gevaert. Rapport au séminaire précité et du même auteur, art. cité, *L'entreprise et le droit*, 1979, 442.

243 *ter*. Pour le contrat d'entreprise, la détermination des prix ne présente pas la même importance que pour le contrat de vente. On sera donc encore plus laxiste.

244. En France, notons la loi récente affirmant la libération des prix.

voient leurs effets limités par la loi du 30 mars 1976²⁴⁵. La loi du 22 juillet 1945 et l'arrêté ministériel du 22 décembre 1971 prévoient un régime complexe de déclaration de hausse de prix, de prix maxima et normaux, qui doit s'appliquer aussi aux diverses prestations des contrats informatiques²⁴⁶.

This being said, the severity of French courts with regard to determination of price is to be contrasted with Belgian laxity. In both countries, it is accepted that the price may be determinable, ie, specific accord on elements to calculate price. However, application in the two countries differ; a clause fixing the price by reference to price at the delivery day is null in France, valid in Belgium provided the delivery delay is stipulated.

The authors cite a recent article on how this question is settled under Belgian law. Suffice it to say that this article details the acceptable criteria for determining a determinable price, eg, for quoted goods, average price on day of sale, or based on the price of other products or even if no criteria are contractually stipulate, the court seeks to determine the parties' intention to refer to the price previously used, etc.

Ceci dit, à la sévérité des tribunaux français quant à la détermination des prix, répond le laxisme belge. Il suffit – et le principe est commun aux deux pays – que le prix sans être nécessairement chiffré dans la convention soit déterminable, c'est-à-dire que l'accord précise les éléments qui permettront de calculer le prix. La signification du principe diverge. Ainsi la nullité du contrat contenant la clause : «le prix applicable est celui du tarif en vigueur au jour de la livraison» ne fait aucun doute en France²⁴⁷. La clause est par contre valable en Belgique à condition qu'on précise le délai de livraison. Un article récent sur le droit belge²⁴⁸ précise la position belge :

« Le prix cependant ne doit pas nécessairement être chiffré dans la convention. Il suffit qu'il soit déterminable, c'est-à-dire que l'accord précise les éléments qui permettront de calculer ce prix, de façon objective.

» Ainsi, pour des marchandises cotées, la vente pourra être faite «au cours» ou au «prix du jour», ce qui renvoie au cours moyen du jour de la vente; il peut être fait référence au cours du jour de la livraison mais dans ce cas il est indispensable que le délai de livraison soit fixé dans la convention.

245. Loi du 30 mars 1976, art. 2. Sur cette loi, lire J. Van Mullen, «L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations», Ann.Fac.Dr.Liège, 1978, 57 et s.

246. «Il est également interdit de pratiquer des prix supérieurs aux prix maxima fixes en vertu des dispositions du présent arrêté - loi pour l'offre d'acceptation ou l'exécution de toutes prestations» (A.L. 22 janvier 1945, art. 1, § 2; Comp. A.M. 2 décembre 1971, art. 1, § 1).

247. Cass. comm. 16 mars 1954, Bull. civ. 1954, III, n° 111, 82; à cet égard, les développements de B. Mercadal «La détermination du prix dans les contrats», *DPCI*, 1979, 443.448.

248. H. Paulus-de Rode «La détermination du prix dans les contrats en droit belge», *DPCI*, 1980, 89 et s.

» Le prix peut aussi être lié à celui d'autres produits^{248 bis} et suivre leur hausse ou leur baisse; ou encore la convention peut prévoir un prix de base, à augmenter ou diminuer suivant une formule contractuelle selon les résultats d'une analyse de la qualité des produits livrés. Il arrive même que les tribunaux reconnaissent la validité de conventions de vente conclues sans aucun critère exprès de détermination du prix; en fonction des éléments de fait de l'espèce, le juge recherchera l'intention des parties qui auront entendu se référer au cours du jour de la vente, au prix précédemment pratiqué, etc.»

» Une situation comparable se rencontre en matière de contrat d'entreprise²⁴⁹. En principe, le prix doit pouvoir être déterminé en fonction de critères contenus dans la convention — ou d'éléments extérieurs s'imposant aux parties, tels que tarifs professionnels, règlements, etc. Il arrive néanmoins qu'aucun critère n'apparaisse dans le contrat, les parties n'ayant rien convenu expressément quant au prix. Les tribunaux ne contestent pas la validité de ces conventions. Ils considèrent que, par un accord tacite, les parties ont entendu laisser fixer le prix par l'entrepreneur. Le client est protégé de l'arbitraire de ce dernier par l'obligation de bonne foi qu'il doit respecter, et peut faire sanctionner la violation de cette obligation en demandant au juge la réduction d'une facture qu'il estime excessive.»

Notons enfin que l'utilisateur pourra légitimement refuser de payer le prix au fournisseur lorsque ce dernier manque à ses obligations et même si ce dernier a cédé sa créance²⁵⁰.

For consultancy contracts, the same principles apply except that if the criteria are not stated, courts consider that the parties intended that the consultant fix the price, a price which the court, at the client's request, may revise based on the good faith principle.

Where the supplier fails to respect his obligations, even where the credit is assigned, the user may legally refuse to pay.

248 bis. Ainsi, la formule proposée par Gevaert (art.cité, «L'entreprise et le droit», 1979, 443).

249. En matière de contrat d'entreprise, le prix pourra en outre être fixé par experts sans contenir les éléments de base du calcul du prix. A noter que cette règle, non valable pour les contrats de vente pure, est cependant applicable lorsque la vente n'est que l'accessoire d'un contrat d'une autre nature (Cass. 21 septembre 1972, Pas. 1973, I, 76).

250. C'est une forme de l'exception d'inexécution, Cass. 13 septembre 1973, R.C.J.B., 1974, 352, note M.L. Stengers; P. Van Ommeslaghe, «Examen de jurisprudence» R.C.J.B., 1975, 662 et s. Elle ne peut être invoquée de mauvaise foi, comme c'est le cas lorsque les manquements reprochés sont minimes (Trib. Brux. 23 mai 1966 et 29 octobre 1968, l'entreprise et le droit, 1971, 69).

Les cas d'application dans la jurisprudence des contrats informatiques sont fréquents; ainsi notamment, dans l'affaire BSI c. Olivetti (Paris 2 avril 1981, *Expertises*, 1981, 16); l'utilisateur refusait de payer les loyers. Il est condamné à payer pour mauvaise foi; aucun vice de fonctionnement n'ayant jamais été établi ni même allégué.

ANNEXE : LA CLAUSE PENALE

Constructors stipulate penal clauses to force users to continue performance and to serve as an arm in any negotiations.

Sometimes the clause is stipulated in the user's favor so as to ensure that the supplier performs his obligations.

This clause is defined by Article 1226 of the Civil Code as any clause which a person, to ensure contractual performance, promises something in case of non performance. It is often use with Article 1152 of the Code which authorizes fixed sum liquidated damages...

But which the French and Belgian courts may reduce if they find the amount excessive.

52. Nombre de contrats informatiques — matériel et logiciel — recensent une clause pénale. Les constructeurs pensent couvrir ainsi l'ensemble de leurs préjudices au moyen d'une telle clause²⁵¹. L'intérêt de cette clause est double : elle force l'utilisateur à continuer l'exécution du contrat et elle arme le fournisseur dans l'hypothèse d'une négociation.

La clause pénale est parfois insérée au profit de l'utilisateur. Elle a alors pour but d'assurer l'exécution des obligations (en particulier, celle de délivrance) à charge du fournisseur²⁵².

Nous rappellerons simplement les principes doctrinaux et jurisprudentiels applicables à la clause pénale. La clause pénale est définie par l'article 1226 du Code civil : il s'agit de toute clause «par laquelle une personne pour assurer l'exécution d'une convention s'engage à quelque chose en cas d'inexécution». Elle est souvent combinée avec l'article 1152 du même code qui dispose que «lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre».

On connaît la tendance jurisprudentielle belge²⁵³ et

251. Exemple - type : «En cas de résiliation aux torts de l'utilisateur, il est dû au fournisseur une indemnité forfaitaire égale à trois mois de facturation calculée sur la moyenne des trois derniers mois facturés». Cette clause est reprise de l'affaire SGSC c. Natel, (Paris 17 octobre 1980, *Expertises*, 1980, n° 24), commentée par A. Bensoussan, «Responsabilité d'un façonnier - limites des clauses pénales», *Expertises*, 1980, n° 25, 9 et s. Cf. en outre Trib. comm. Paris 12 janvier 1981, C.I.I. - H.B.C. Frigoscandia où le contrat prévoyait le paiement d'intérêts de rigueur en cas de non-paiement dans les délais.

252. A cet égard, la clause pénale pour non livraison d'un ordinateur déclaré *in casu* non applicable, Paris 21 janvier 1977, Jouverel c. Univac, *Expertises*, 1978, n° 8, 8 et s.

253. Cass. 17 avril 1970, R.C.J.B., 1972, 454, note I. Moreau-Margrève; Cass. 24 novembre 1972, R.C.J.B., 1973, 302, note I. Moreau-Margrève; Cass. 1er février 1974, Pas. 1974, I, 576; Cass. 11 octobre 1974, Pas. 1975, I, 177. Cf. en outre, les trois décisions annotées par Mme Moreau-Margrève, R.R.D., 1977, 213, Trib. comm. Brux. 20 février 1970, R.C.J.B., 1977, 6 et s., note de Eersaques et les nombreuses références citées par Van Rijn, «Nature et fonctions de la clause pénale», J.T., 1980, 557 et s.

française²⁵⁴ à réduire d'office la clause lorsque «son montant» est hors de toute proportion avec le dommage pouvant résulter de l'inexécution de contrat». ²⁵⁵

Cette tendance se heurte à une forte opposition doctrinale²⁵⁶ partagée par certaines décisions récentes²⁵⁷ et on peut à cet égard souhaiter avec Van Rijn²⁵⁸ que les juges ne fassent échec à la clause pénale que «si les circonstances de la clause lui permettent d'affirmer que le créancier comptait plus sur l'inexécution que sur l'exécution, attachait plus d'intérêt à la première qu'à la seconde, c'est-à-dire qu'il spéculait sur elle». «mais il nous paraît, ajoutait l'auteur, que le caractère élevé de la peine ne suffira jamais à lui seul pour démontrer l'existence d'une telle spéculation.»

Dans l'affaire jugée par la cour d'appel de Paris le 17 octobre 1980^{258 bis}, il s'agissait d'un contrat dénommé «contrat de service complet», le fournisseur s'engageant à concevoir, installer et entretenir un système informatique approprié aux besoins de l'utilisateur. Le fournisseur avait prévu en cas de non-paiement par l'utilisateur l'application d'une indemnité forfaitaire égale à trois mois de facturation, calculée sur la moyenne des trois derniers mois. Les juges, tout en constatant que le fournisseur avait apparemment satisfait à ces obligations, réduisirent la peine prévue au contrat, peine manifestement excessive, «compte tenu de l'appréciation de toutes les circonstances particulières à l'espèce» ^{258 ter}

This practice is contested by the authors certain courts and legal writers (Van Rijn), who argue that courts should not reduce liquidate damages unless the party counted on non-performance more than performance and hence was speculating. The substantial amount of the damages is insufficient to prove speculation.

In a 1980 decision, the Paris Court of Appeals considered a complete service contract where the supplier undertook to conceive, install and maintain a data processing system appropriate to the user's needs. If the user failed to pay, he had to pay a fixed indemnity of three months of invoices calculated on the average of the last three months. Although the court found that the

254. La loi française du 9 juillet 1975 donne à ce pouvoir du juge un fondement légal : «Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire.»

255. Cass. 24 novembre 1972, cité note 252.

256. Outre les nombreuses notes de Moreau-Margrève, l'article de Van Rijn, cité note 252.

257. Ainsi, la décision longuement motivée du juge du tribunal de commerce de Namur le 30 octobre 1980 (R.R.D., 1981, 163) qui combat l'idée que la clause pénale n'aurait plus qu'un caractère indemnitaire. Cf. en France, les arrêts de la Cour de cassation du 19 mars 1980 (J.C.P., 1980, IV, 213) qui affirme l'absence de relation a priori entre le montant de la clause et le préjudice envisagé et du 1er juillet 1980 (J.C.P., 1980, IV, 351) qui oblige le juge à motiver sa réduction.

258. J. Van Rijn, art.cité, 558 *in fine*.

258 bis. Cité *supra*, note 251.

258 ter. Bessoussan critique l'arrêt sur ce point, les éléments d'appréciation n'ayant pas été définis par les juges.

supplier had met all his obligations, it reduced the amount of the indemnity because it found the amount manifestly excessive based on the surrounding circumstances and because the clause was based on the idea of a sanction.

et du fait que la clause pénale procède à la fois de l'idée de sanction et de la nécessité d'une réparation.

C. LES VICES DE CONSENTEMENT ET LE CONTRAT INFORMATIQUE

Defective acceptance may arise from error or fraud. As previously noted, certain clauses limiting liability, in particular in respect to the conformity obligation, can result in reducing conformity to pure technical compliance and excluding contractual specifications which were fundamental in the supplier's publicity and the user's decision.

Consequently, the user may be tempted to reintroduce certain control over specifications meeting his needs under the guise of defective acceptance. The limits of this attempt established by the case law and legal writers illustrate the user's limited possibilities in this area.

Error is a grounds for contractual cancellation only were it relates to the contractual purpose.

53. Que le contrat informatique soit qualifié de vente ou de contrat d'entreprise, *sa formation peut être entachée d'erreur ou de dol*. L'importance de la sanction tirée des vices de consentement doit être soulignée. Nous avons noté la validité de certaines clauses limitatives de responsabilité, en particulier celles relatives à l'obligation de conformité. Par ces clauses, la conformité pouvait se réduire à une pure conformité technique et ne pas s'étendre aux spécifications conventionnelles qui pourtant ont une importance prépondérante dans la publicité du fournisseur et la décision de l'utilisateur.

Cette constatation explique que ce dernier peut être tenté, par le biais des vices de consentement, de rétablir un certain contrôle de la conformité fonctionnelle. Les limites développées par la doctrine et la jurisprudence à l'égard de la prise en considération de ces vices permettent de se faire, à notre avis, une idée précise des possibilités limitées de l'utilisateur de faire valoir ce contrôle.

a. L'ERREUR

54. L'utilisateur peut-il faire annuler son contrat, estimant qu'il s'est trompé ?

L'erreur n'est cause de nullité que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet (art. 1110 du C.C.).

On sait que la jurisprudence a adopté la thèse

subjective selon laquelle la substance est ce que le contractant a lui-même considéré comme substantiel dans l'objet de la convention. Elle va plus loin. Elle considère que, sans porter sur l'objet directement, *une erreur entraînant une fausse représentation, non de l'objet lui-même mais du résultat que sera susceptible de procurer le contrat peut entraîner nullité de la convention*²⁵⁹. A cet égard, une erreur sur la valeur peut même être prise en considération si elle est la conséquence d'une représentation de qualités substantielles de l'objet.

Cette extension jurisprudentielle dans la compréhension du caractère substantiel de l'erreur ne peut faire oublier les conditions mises à la prise en considération de l'erreur.

Elle doit être, selon les conclusions mêmes de Ghestin²⁶⁰, « *déterminante, excusable et commune* ».

Il appartient naturellement au demandeur de faire la preuve de ce que *la qualité considérée* l'avait *déterminé à contracter*. Ce point fait généralement peu de difficulté.

L'utilisateur d'un système informatique peut aisément démontrer que telle performance attendue du système et non réalisable était la raison déterminante du contrat, qu'il soit d'entreprise ou de vente.

L'excusabilité de l'erreur dans le chef de l'utilisateur peut être plus délicate à démontrer. On sait que la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour apprécier *in concreto*²⁶¹ l'excusabilité de l'erreur ; l'erreur est

Case law has adopted a subjective approach : the essential is what the party thought was essential in contracting and this includes what result could be expected from the contract. In this respect, an error concerning value may be considered if it is a result of a representation of the object's significant qualities.

As Ghestin states in respect to these conditions, the error must be determining, excusable and common.

That the error decided the party to conclude a contract, generally does not raise any problem...

A user can easily prove that an expected performance was the reason why he contracted.

Proving excusability is more difficult because the courts judge on concrete facts, taking into consideration the user's actual or presumed knowledge, eg, is he an expert.

259. Ainsi de façon très claire, Trib. comm. Verviers 21 décembre 1976, J.T., 1977, 345; Comp. en France J. Ghestin « Les obligations - le contrat », 1980, n° 382 : « Les qualités de l'objet ne sont appréciées qu'en fonction du but poursuivi, mais ce but n'est considéré qu'à travers ces qualités » (et les références reprises).

260. J. Ghestin, « La notion d'erreur dans le droit positif actuel », 2e éd., Thèse, 1971.

261. A ce propos, J. Dabin « Erreur inexcusable et nullité des conventions », Etudes de droit civil, 1944, 35 et s. mais surtout M. Coipel « L'erreur de droit inexcusable », R.C.J.B., 1978, 213 et s. et les références reprises notes 62 et s : « On se demandera si l'erreur aurait été commise par un homme raisonnable placé dans les mêmes circonstances objectives mais aussi subjectives » et récemment M. Fontaine « La réticence ou la fausse déclaration relatives à un fait ignoré de l'assuré et l'erreur inexcusable de l'assureur », note sous Cass. 20 avril 1978, R.C.J.B., 1980, 239.

inexcusable lorsque son auteur pouvait et devait s'informer²⁶². Il est évident qu'on tiendra dès lors compte de la qualité de l'auteur de l'erreur : est-il un spécialiste, est-il au contraire «non initié aux arcanes de l'informatique»²⁶³?

Finally and above all, the error must be common, ie, other contracting party knew or should have known the importance the party attached to the erroneous belief. Relief is granted where there is a disagreement between the real object and its contractual definition which relates to an expressed or tacit quality of the object.

The difficulties inherent in meeting this last condition are illustrated by the Suripa v. Logabax decision which held that the profitability of a system was not a contractual consideration unless expressly stipulated as such. In addition, if reference must be made to general opinion to ascertain the quality of the parties' stipulations, recognition must be given to qualities which the parties have, by not guaranteeing them, expressly excluded.

This again raises the question: how is conformity to be judged. As

Enfin, et surtout, *l'erreur doit être commune*. Il faut donc que le contractant ait connu ou ait dû connaître l'importance essentielle attachée par la victime de l'erreur à la qualité défaillante... L'erreur ne justifie l'annulation du contrat que lorsqu'elle s'analyse en un désaccord entre l'objet réel et sa définition contractuelle. Il faut qu'elle porte *sur une qualité expressément ou tacitement convenue*²⁶⁴.

Les exigences posées par cette dernière condition se révèlent plus difficiles à satisfaire : dans l'affaire *So-ripa c. Logabax*²⁶⁵, il fut expressément retenu que les calculs de rentabilité du système proposé ne pouvaient entrer dans le champ contractuel sauf stipulation contraire. En outre, si l'on doit certes se référer à l'opinion générale pour dégager les qualités que les parties, avaient incorporées dans leur accord²⁶⁶, il faut cependant exclure les qualités substantielles que les parties par des clauses de non-garantie, ont expressément écartées.

On en revient dès lors à la question de l'apprécia-

262. A cet égard, nos réflexions sur l'obligation pour l'utilisateur de s'informer (*supra* n° 13).

263. Cf. déjà cette distinction à propos des clauses de non-responsabilité des vices cachés (*supra* n° 40) et du contenu de l'obligation de renseignements (*supra* n° 18).

264. J. Ghestin «Les obligations - Le contrat», *op. cit.*, n° 400 et 401.

265. Paris 15 mai 1975, J.C.P., 1976, II, 18265.

266. Trib. Gde Inst. Argentan, 15 octobre 1970, D. 1971, 718, note J. Ghestin. Il est évident que les parties peuvent faire d'une qualité spécifique, en principe non retenue suivant le critère de l'opinion générale, une condition expresse ou tacite de leur engagement.

tion de la conformité²⁶⁷. «Les tribunaux, note Ghestin²⁶⁸, refusent l'annulation du contrat lorsque la qualité défectueuse avait fait l'objet d'une clause de non-garantie» sauf, ajoute-t-il, mauvaise foi du bénéficiaire de la clause.

Ghestin noted, courts refuse cancellation where the lacking quality was the subject of a non guarantee clause, except if the beneficiary of the clause acted in bad faith.

La présence de cette dernière condition explique sans doute le peu de litiges relatifs au contrat informatique où a été évoqué le problème de l'erreur.

This last condition undoubtedly explains why few data processing cases have raised the problem of error.

55. Enonçons rapidement la sanction de l'erreur. Le juge qui constate l'erreur décidera la nullité du contrat, c'est-à-dire le rétablissement de la situation d'origine; le client retrouve son argent, le fournisseur son système. L'action en nullité se prescrit en dix ans, selon l'article 1304 du Code civil.

If a court finds error, it cancels the contract and order restitution of the payment to the client and the system to the supplier. Under Article 1304 of the Civil Code, the statute of limitation is 10 years.

L'action en annulation est donc peu satisfaisante pour l'utilisateur qui, bien souvent, désire une solution immédiate à son problème et ne peut supporter une remise en cause fondamentale du contrat.

If the user desires an immediate solution to his problem, the remedy for error is of little help.

Notons que l'action en annulation peut se doubler d'une action en réparation. Il faudra alors prouver une faute dans le chef du fournisseur, faute dans les relations précontractuelles²⁶⁹ bien entendu, sanctionnée par la responsabilité délictuelle qui se prescrit en trente ans.

An action in tort may equally be brought, proof of the supplier's precontractual fault must be proven. The statute of limitations is 30 years.

b. LE DOL

56. Si l'erreur a été peu évoquée devant les tribunaux, le dol l'a été plus souvent et parfois avec succès. Nous ne nous occupons ici que du dol à la conclusion du contrat, laissant de côté le dol dans la formation du contrat, sanctionné par les règles de la responsabilité délictuelle²⁷⁰.

Fraud is often alleged, sometimes proven with success. Only fraud in the conclusion of a contract will be examined.

267. Cf. *supra* n° 33.

268. J. Ghestin, *op. cit.*, n° 405 et les références jurisprudentielles.

269. Cf. *supra* n° 21.

270. Sur ce point, nos réflexions, *supra* n° 12 et s.

Article 1116 of the Civil Code provides that fraud justifies cancellation only where the manoeuvres induce the other party to contract. The Belgian Cour de Cassation includes in fraud not only manoeuvres, ie, positive acts, which provokes and not simply to knowingly use the other party's error to make him decide to contract, but also the voluntary omission of information which if known, would have caused the party to require less burdensome conditions.

Voluntary omission constitute an actionable fault only where there is a duty to inform. The assimilation voluntary omission and the fraud of Article 1116 fills the gap in Belgian case law the precontractual information duty.

L'article 1116 du Code civil est libellé comme suit : Le dol n'est cause de nullité de la convention que lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il est alors dit «dol principal» par opposition au «dol incident», qui n'est sanctionné que par des dommages et intérêts^{270 bis}. Notre Cour de cassation²⁷¹ admet que le dol ne s'entend pas seulement de manœuvres, c'est-à-dire d'actes positifs, qui ont pour but de provoquer et non simplement d'utiliser sciemment l'erreur du partenaire de façon à le décider à contracter, mais s'étend à la réticence que la doctrine distingue soigneusement du silence²⁷²; la réticence d'une partie, lors de la conclusion d'une convention, peut, dans certaines circonstances, être constitutive de dol au sens de l'article 1116 du Code civil, lorsqu'elle porte sur un fait qui, s'il avait été connu de l'autre partie, l'aurait amenée à contracter à des conditions moins onéreuses.

Cette déclaration de la Cour de cassation belge mérite nos critiques. La réticence est l'omission volontaire d'un fait. Cette omission ne peut être fautive que s'il y avait obligation d'information. En d'autres termes, c'est cette violation de l'obligation d'information qui doit être sanctionnée suivant l'article 1382. L'assimilation de la réticence et du dol de l'article 1116 pallie à cette prise en considération, insuffisante encore dans notre

270 bis. Sur cette distinction en droit belge, J. Declerck-Goldfracht, note sous Cass. 6 mai 1971, R.C.J.B., 1972, 270; cf. aussi Cass. 23 décembre 1926, Pas., 1927, I, 113, Cass. 24 janvier 1924, II, 159.

Le droit français critique sévèrement cette distinction : «Le juge ne peut limiter à des dommages et intérêts une demande en annulation pour dol. En revanche, la victime du dol peut se borner à invoquer le préjudice que lui a causé la faute intentionnelle de l'autre partie et réclamer réparation sous forme de dommages et intérêts» (J. Ghestin «Les obligations - Le contrat, op. cit., n° 357 et les références citées, notes 171 et 172).

271. Cass. 8 juin 1978, R.C.J.B., 1978, 525 et s. note J.P. Masson. Comp. Cass. française 15 janvier 1971, Bull. civ., 1971, III, n° 38, 25 : «Le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son contractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter.»

272. «La réticence est dans la langue courante, la «suppression ou omission volontaire d'une chose qu'on devrait dire». Le silence a un caractère plus général, c'est l'«état d'une personne qui s'abstient de parler.» (J.P. Masson, «Les fourberies silencieuses», note sous Cass. 8 juin 1978, R.C.J.B., 1978, 525 et s).

jurisprudence, de l'obligation de renseignements lors de la formation du contrat²⁷³.

57. Les cas jurisprudentiels concernent d'ailleurs tous de telles réticences lors de la formation du contrat. Dans l'affaire *Flammarion c. IBM*²⁷⁴, le tribunal reproche au constructeur - consultant de s'être tout à fait abstenu d'attirer l'attention du destinataire sur les difficultés de démarrage du système informatique. Le client, notent les juges, aurait, sinon, refusé les termes du contrat et n'aurait pas abandonné *ipso facto* l'ancien système manuel pendant la période de démarrage.

Eu égard aux circonstances, en particulier l'importance de l'assistance technique du constructeur pendant cette phase de démarrage, le silence n'a pas été jugé dolosif²⁷⁴.

Dans l'affaire *IBM c. Verdier*, le tribunal reconnaît de même la dépendance du locataire d'ordinateurs vis-à-vis du bailleur, «seul à même de lui donner des conseils en vue de la réorganisation de son entreprise», mais ne juge pas le silence comme dolosif²⁷⁵.

Enfin, le juge accueille l'annulation du contrat, annulation fondée sur le dol par réticence dans l'affaire *Savie c. Logabax*²⁷⁶. En l'espèce, Logabax avait vendu

In the case of Flammarion v. IBM, the court reproached the manufacturer-consultant to have failed to have drawn the user's attention to the start-up difficulties. The court noted that had the client known, he would have refused the contract terms and would not have abandoned his previous system. But the silence was not held fraudulent.

In IBM v. Verdier, the court recognized the dependence of the lessee on the lessor, the only one to give advice on the reorganization, but did not find that the lessor's silence constituted fraud.

In the case of SAVIE v. LOGABAX, the court found fraud arising from voluntary omission. Lo-

273. Sur un raisonnement parallèle, J. Ghestin «La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles», D., 1971, Chron., 249 et s et Cass. 7 mai 1974, Bull. civ., 1974, III, n° 186, 140. La note citée de Masson nous apparaît peu claire sur cette distinction nécessaire sauf à confondre dol et faute intentionnelle.

A noter à ce propos la décision du tribunal de Liège du 30 novembre 1972, J.A.L., 1972-73, 189 citée par Flamme, chron. citée, n° 10 : «Constitue le dol principal justifiant l'annulation des contrats de vente, d'entreprise et de prêt conclus par un promoteur le fait pour celui-ci d'avoir, surtout au regard d'une publicité alléchante, manqué à son devoir d'information des non-professionnels en retardant jusqu'au moment de la comparution devant notaire la communication de conditions essentielles - d'ailleurs draconiennes quant aux contrats à intervenir».

274. Paris 26 juin 1980, *Expertises*, 1980, n° 20, 2 et s.

274 bis. Ainsi la bonne foi dans l'exécution du contrat peut compenser un acte de mauvaise foi dans la période précontractuelle !

275. Est-ce à dire que «ces conseils relatifs à l'organisation de l'entreprise» ne faisaient pas partie de l'obligation de renseignements ?

276. Il nous semble que le raisonnement du juge sur ce point est vicié. L'obligation de conseil étant en l'occurrence précontractuelle, l'annulation du contrat ne devait pas empêcher d'invoquer une responsabilité délictuelle pré-contractuelle (cf. *supra* n° 21).

gabax had sold Savie hardware using magnetic cards, which required after use manipulation and reclassification and increased the total time of the processing which was contrary to the results SAVIE anticipated when acquiring a data processing system.

The court found that Logabax was guilty of not disclosing this major inconvenience, which the system of magnetic disks did not have, which was contrary to the purpose of reducing manual work.

Pertaining to the user's damages claim, the court held that the losses were not necessarily in relation with the inadaptation of the system. Damages for nonperformance of a pre-contractual duty to advise does not exclude cancellation of the sales contract.

Both French and Belgian case law recognize that victims of fraud may, other than cancellation, seek damages, and notably for expenses incurred to conclude the contract...

à la société Savie un matériel apte à fonctionner à l'aide de fiches magnétiques, système qui entraînait des servitudes de manipulation et de reclassement des fiches. La durée totale des traitements devenait inconciliable avec les résultats que la société espérait de l'adoption du système informatique.

La cour a déclaré que Logabax, en passant sous silence l'inconvénient majeur que représentait l'adoption d'un tel système (alors que des fichiers à disque magnétique auraient permis un écoulement normal des opérations), s'était rendu coupable d'un silence suffisamment grave pour justifier la nullité de la vente. Le but de l'installation était précisément de réduire les travaux manuels.

Quant aux dommages et intérêts demandés par la société Savie, la cour fait observer premièrement que les pertes bilantaires ne sont pas nécessairement en relation avec l'inadaptation du système informatique et secondement ne lui accorde pas de dommages et intérêts pour inexécution d'une obligation de conseil précontractuelle étant donné l'annulation du contrat de vente²⁷⁷.

Ces dernières remarques quant à l'octroi de dommages et intérêts, outre l'annulation du contrat, introduisent quelques réflexions finales sur la sanction du dol.

Il est exact que la victime du dol peut, outre l'annulation du contrat, réclamer des dommages et intérêts et notamment la réparation des frais exposés pour la conclusion du contrat. La Cour de cassation française²⁷⁸ en même temps qu'elle en admet le principe lui donne une justification reprise par la doctrine belge²⁷⁹ : « Le

277. Sur ce point, en particulier, Van Wyck-Alexandre, *op. cit.*, 61 et s.

278. Cass. 4 février 1975, J.C.P., 1975, II, 18100, note Ch.Larroumet.

279. Puisque la responsabilité délictuelle se prescrit en trente ans et l'action contractuelle de dol en dix ans (pour des limites à cette affirmation, Dury, J.C., note sous Cass. 4 février 1975, R.T.D.C., 1975, 537, n° 1).

droit de demander la nullité d'un contrat par application des articles 1116 et 1117 du Code civil n'exclut pas l'exercice par la victime des manœuvres dolosives d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi.» Ainsi à la responsabilité contractuelle, s'ajoute une responsabilité délictuelle sanctionnée par l'article 1382.

Cette dernière peut même exister et subsister²⁸⁰ indépendamment de l'action en annulation du contrat.

Enfin, dans l'action en annulation du contrat, on ne tiendra pas compte, c'est du moins l'avis de la Cour de cassation belge du comportement de la victime : «L'auteur du dol ne peut éluder sa faute en invoquant l'imprudence, ni même la négligence grave et inexcusable de la victime du dol; ladite imprudence ne saurait avoir pour conséquence de rendre le dol excusable à son tour ni d'empêcher l'annulation de la convention ou l'octroi de dommages et intérêts.»

CONCLUSION :

ORIGINALITE DU CONTRAT INFORMATIQUE ET INTERET DE L'ETUDE

58. Tout au long de ce travail, nous nous sommes interrogés sur la réelle originalité juridique du contrat informatique. N'y-a-t-il pas à première vue, et notre propos le démontre amplement, une application permanente des principes classiques que le Code civil, la doctrine et la jurisprudence nous apprennent? C'est un leurre de croire à la spécificité du droit du contrat informatique. On y touche les problèmes classiques que posent la négociation, la formation et l'exécution de tout contrat.

and a tort remedy may exist independently from a contract remedy.

Finally, according to the Belgian Cour de Cassation, in an action for cancellation of a contract, the victim's behaviour is not taken into considerations, if it is imprudent or grossly negligent because this behaviour does not excuse or lessen the fraud.

In conclusion, the authors affirm that traditional Civil Code contractual and tort principles apply to data processing contracts.

280. Cass. 23 septembre 1977, R.C.J.B., 1978, 32, note J. Matthijs. De façon plus nuancée, Cass. 29 mai 1980, J.T. 1980, Comp. *supra* n° 54 où la simple mauvaise foi d'une partie lui interdit de se prévaloir du caractère inexcusable de l'erreur.

Therefore the authors consider that although these contracts should not be treated as unigire, they nevertheless present an opportunity to renew the vitality of these traditional principales. Several examples.

The complexity of the operation allows giving pre-contractual obligations their rightful status, nowhere else is the reciprocal nature of these precontractual obligations as clearly shown.

This complexity requires that careful attention be given to the nature of these contracts.

The complexity of their purpose gives to certain obligations a new perspective: the conformity obligation evidences its sense and independance where it is necessary to judge the qualities and defects of a system which are not immediately disclosed.

Finally, certain data processing contracts institute the parties' on going collaboration (maintenance, updating etc.)

As a closing remark the authors repeat that particularly in Belgian, few disputes are litigated before the courts because the parties are forced to negotiate.

Cette conclusion n'est pas discutable mais faut-il pour autant nier l'originalité du droit du contrat informatique ? Nous n'irons certes pas jusque là et affirmerons bien au contraire que la complexité de l'objet même du contrat informatique est l'occasion d'une revitalisation des concepts classiques du droit. Plusieurs exemples en témoignent.

1) La complexité de l'opération à conclure permet de donner aux obligations précontractuelles des parties leur pleine signification. Nulle part ailleurs, ne s'était dégagée aussi complètement la réciprocité des obligations de chacune des parties en cette phase précontractuelle.

2) La complexité de l'opération conclue exigeait — et nous avons conscience qu'à elle seule cette question mériterait de bien plus longs développements — qu'on s'inquiète ici plus qu'ailleurs de la qualification du ou des contrats.

3) La complexité de l'objet même de l'opération donne à certaines obligations un relief nouveau : l'obligation de conformité prend tout son sens et toute son autonomie lorsqu'il s'agit d'apprécier les qualités et défauts d'un objet qui ne peuvent se révéler au premier coup d'œil ni même au premier essai.

4) Enfin, il eût été intéressant de souligner le fait que certains contrats informatiques sont des structures vivantes dont l'exécution fait appel à une collaboration continue des deux parties (maintenance, abonnement aux nouvelles, release, etc.).

59. Ce dernier point nous amène à une réflexion finale sur l'intérêt de l'étude. Nous avons noté particulièrement en Belgique le peu de procès relatifs aux contrats informatiques. Les parties, avons-nous dit, sont forcées de s'entendre. Elles préfèrent recourir à la négociation plutôt qu'au litige.

Certes, la négociation ne se situera pas principalement sur le plan juridique mais bien plutôt sur les plans technique et commercial. Quel peut encore être à ce moment-là l'importance du long discours que nous avons tenus ?

Notre réponse est loin d'être désabusée. Dans leur négociation, il importe pour les parties de connaître leurs points forts et faibles sur le plan juridique. Le constructeur qui connaît la validité des clauses stipulées n'a rien à craindre d'un procès et peut entamer en position de force la négociation. Que ce soit l'inverse, et il devra concéder à l'utilisateur des avantages nouveaux, menacé qu'il est d'être attiré devant les tribunaux. Que nous ayons pu aider chacune des parties à mieux apprécier leurs droits, voire à mieux s'armer dans des contrats futurs, est notre espoir.

Negotiation is not principally legal but technical and commercial. Nevertheless...

The authors consider that the negotiating parties should know their legal rights and obligations. The authors' objective in writing this article is to better armed both parties.