

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le dommage indirect dans les contrats informatiques

Cruquenaire, Alexandre

Published in:

Liber amicorum Noël Simar

Publication date:

2013

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cruquenaire, A 2013, Le dommage indirect dans les contrats informatiques. dans *Liber amicorum Noël Simar: évaluation du dommage, responsabilité civile et assurances*. Anthemis, Limal, pp. 151-162.

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.

Le dommage indirect dans les contrats informatiques

Alexandre CRUQUENAIRE

Avocat

Maître de conférences à l'Université de Namur (CRIIDS)
Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain

1. La plupart des contrats de services informatiques comportent une clause d'exonération de responsabilité du prestataire pour tous les dommages indirects susceptibles de résulter de l'inexécution totale ou partielle des obligations contractuelles.

Si ce schéma, est un classique dans les usages contractuels, les contours du dommage indirect sont nettement moins clairs et font rarement l'objet de discussions, alors que l'on pourrait s'interroger sur la portée de la notion au regard du droit des obligations (section 1) ainsi que sur la validité des clauses exonératoires qui l'excluent (section 2). Après avoir ainsi replacé la problématique dans son contexte, nous aborderons la question du dommage indirect dans les contrats informatiques (section 3).

Section 1

La notion de dommage indirect

2. Dans le cadre des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, notre Code civil consacre le principe de la réparation intégrale du dommage, mais en y apportant certaines restrictions¹.

En effet, comme le rappelle la Cour de cassation, le débiteur en faute « doit répondre intégralement de la perte du créancier et du gain dont il a été privé, sous réserve de l'application des articles 1150 et 1151 du Code civil »². L'indemnisation du créancier doit donc replacer celui-ci dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si l'obligation litigieuse avait été correctement exécutée³.

¹ L'article 1149 du Code civil dispose ainsi que « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ».

² Cass., 26 janvier 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 183, n° 49.

³ Cass., 28 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 860.

L'article 1150 du Code civil stipule que « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

L'article 1151 du Code civil ajoute que « Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ».

Deux éléments se dégagent de l'analyse de ces dispositions légales. D'une part, seul le dommage prévisible lors de la conclusion du contrat est réparable, hormis les hypothèses de dol du débiteur (art. 1150 C. civ.). D'autre part, même en cas de dol, le dommage n'est indemnisable qu'à la condition d'être une suite immédiate et directe de l'inexécution fautive du contrat (art. 1151 C. civ.).

3. La notion de dommage indirect, telle que visée à l'article 1151 du Code civil, est donc liée à l'exigence d'un lien de causalité entre le manquement contractuel et le dommage⁴.

Selon De Page, si les termes de la disposition de l'article 1151 du Code civil sont quelque peu ambigus, il convient d'y voir l'exigence d'un lien de causalité, en ce sens que le dommage dont on peut obtenir la réparation doit être une « suite nécessaire » de l'inexécution de l'obligation contractuelle⁵. La Cour de cassation s'est ralliée à cet enseignement⁶.

La portée de l'article 1151 du Code civil doit donc être comprise (et limitée) à l'exigence d'un lien de nécessité et de certitude, dans la chaîne causale entre le dommage et l'inexécution fautive du contrat⁷. En d'autres termes, il faut mais il suffit d'établir qu'en l'absence de la faute du débiteur contractuel, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé⁸. Le caractère médiat ou direct de ce lien n'est donc pas décisif, contrairement à ce que le libellé de l'article 1151 du Code civil pourrait laisser croire⁹.

⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 : Théorie générale du contrat, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 492, n° 554.

⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 143.

⁶ Cass., 24 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1087.

⁷ Voy. not. Cass., 5 juin 2008, *J.T.*, 2009, p. 28, obs. A. PÜTZ (à propos de l'indemnisation de la perte d'une chance de survie d'un cheval à la suite d'une faute commise par un vétérinaire). La théorie de l'équivalence des conditions trouve donc à s'appliquer en matière contractuelle également.

⁸ En ce sens, voy. : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 : Théorie générale du contrat, *op. cit.*, p. 495, n° 559 ; L. CORNELIS, « Le sort imprévisible du dommage prévisible », note sous Cass., 11 avril 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 92 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) : les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 219-220, n° 107 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Réflexions sur le dommage purement contractuel », *R.C.J.B.*, 1988, pp. 368-369.

⁹ L. CORNELIS, « Le sort imprévisible du dommage prévisible », *R.C.J.B.*, 1990, p. 92. Dans le même sens, voy. M. GOUDEN et D. PHILIPPE, « Les honoraires d'avocat et les frais d'expert constituent un élément du dommage », *J.L.M.B.*, 2004, p. 1329.

Le préjudice indirect est donc, en principe, indemnisable, pour autant qu'il existe un lien de causalité certain¹⁰ entre lui et la mauvaise exécution du contrat¹¹.

Le dommage indirect indemnisable doit donc être compris comme un dommage médiat, ou encore un « dommage consécutif », c'est-à-dire un dommage qui n'est pas en lien immédiat avec l'inexécution fautive du contrat, mais qui en est néanmoins une conséquence, en ce sens qu'il en est la suite nécessaire. Ainsi, la perte de clientèle, la perte d'une commande peuvent être qualifiées de préjudices « consécutifs »¹² et sont réparables conformément à la jurisprudence précitée de la Cour de cassation. L'interprétation jurisprudentielle s'est sensiblement affranchie des textes du Code civil, de sorte qu'il est hasardeux de tenter d'identifier un critère fixe de départ entre le dommage direct et le dommage indirect¹³.

4. L'étendue du préjudice réparable en matière contractuelle est également, dans les textes, limitée par l'exigence de prévisibilité énoncée à l'article 1150 du Code civil.

Le dommage n'est réparable que dans l'hypothèse où il pouvait raisonnablement être prévu par le débiteur au moment de la formation du contrat. Il convient donc de se placer au moment de la conclusion du contrat, et non de l'inexécution fautive. Le caractère prévisible se rapporte uniquement, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, à la cause du préjudice et non à son étendue¹⁴. Il suffit donc au créancier d'établir que le débiteur était en mesure de prévoir le principe du dommage au moment de conclure le contrat, même si l'étendue de ce dommage dépasse toute prévision raisonnable.

Seul le dommage imprévisible quant à sa cause sera donc exclu de la réparation telle qu'elle résulte de l'application du droit commun des obligations. La limitation devient dès lors très théorique¹⁵, ce qui confère une importance d'autant plus grande à la rédaction des clauses contractuelles définissant les engagements et responsabilités respectifs des parties.

¹⁰ La certitude causale à laquelle il est fait référence n'est évidemment pas une certitude absolue, mais une vraisemblance suffisante pour emporter la conviction du juge de l'existence dudit lien causal (I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », in *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, coll. CUP, vol. 96, Liège, Anthémis, 2007, pp. 41-43).

¹¹ Cass., 14 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 155 (affirmant expressément le caractère indemnisable du préjudice indirect dans ce cas). Le même raisonnement a été repris dans l'arrêt de principe en matière de répétibilité des frais d'avocat et de conseil technique consécutifs à une faute contractuelle : Cass., 2 septembre 2004, *J.T.*, 2004, p. 684, note B. DE CONINCK ; *J.L.M.B.*, 2004, p. 1320, note M. GOUDEN et D. PHILIPPE. Voy. aussi : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 : Théorie générale du contrat, *op. cit.*, p. 495, n° 559 (faisant le lien entre le raisonnement de la Cour de cassation et la théorie de l'équivalence des conditions).

¹² Sur la notion de dommage consécutif et sa relation avec l'exigence de causalité, voy. D. PHILIPPE, « À propos du dommage indirect et imprévisible et des clauses s'y rapportant », *R.D.I.D.C.*, 2010, pp. 505-506 et pp. 517-518.

¹³ L. CORNELIS, « Le sort imprévisible du dommage prévisible », *R.C.J.B.*, 1990, p. 95.

¹⁴ Cass., 11 avril 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 79, obs. L. CORNELIS.

¹⁵ L. CORNELIS, « Le sort imprévisible du dommage prévisible », *R.C.J.B.*, 1990, p. 89.

Section 2

La validité des clauses exonératoires portant sur le dommage indirect

5. En droit belge, le principe de la validité des clauses exonératoires de responsabilité est fermement établi¹⁶.

L'exonération de responsabilité peut même porter sur la faute lourde, pour autant que la clause vise expressément la faute lourde¹⁷, ce qui est parfois commercialement délicat pour le prestataire de services¹⁸.

La validité des clauses exonératoires s'arrête toutefois là où il est porté atteinte à l'objet de la convention, c'est-à-dire lorsque l'exonération qu'elle comporte est susceptible de vider une des obligations essentielles du contrat de sa substance¹⁹. Le fondement de cette jurisprudence peut être trouvé dans le principe d'exécution de bonne foi des conventions²⁰.

6. Dans le respect de ces limites, il est dès lors logique que l'on puisse s'exonérer par rapport à tout dommage indirect, entendu comme dommage « consécutif »²¹. Le risque d'une invalidation d'une telle clause exonératoire est d'autant plus réduit que le dommage est, du point de vue de la chaîne causale, relativement éloigné de l'inexécution fautive du contrat. Il est donc peu probable que la libération du débiteur à leur égard puisse être considérée comme portant atteinte à l'objet de la convention (tel qu'il s'exprime dans la définition des obligations essentielles assumées par les parties).

Il convient toutefois d'envisager la clause exonératoire portant sur le dommage indirect en lien avec les dispositions définissant l'objet de la convention et les engagements des parties. Il serait ainsi parfaitement imaginable qu'un engagement particulier soit

¹⁶ Sur la validité de principe des clauses exonératoires de responsabilité et les nuances, voy. spéc. B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, la Chartre, 2001, pp. 50-75.

¹⁷ Cass., 22 mars 1979, R.C.J.B., 1981, p. 189, note L. CORNELIS.

¹⁸ B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit., p. 60.

¹⁹ En ce sens, voy. not. : Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 82 ; Cass., 23 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 347. En doctrine, voy. aussi : D. PHILIPPE, « À propos du dommage indirect et imprévisible et des clauses s'y rapportant », R.D.I.D.C., 2010, pp. 537-538 ; E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Tiré à part du *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larquier, 2005, p. 89 ; X. THUNIS, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larquier, 2003, pp. 527 et s. ; R. KRUIJTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) : Verbintenissen », T.P.R., 1994, p. 358 ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999, p. 190 ; X. *Le droit des contrats informatiques*, coll. Précis de la Faculté de Droit de Namur, n° 4, Bruxelles, Larquier, 1983, pp. 300-302.

²⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1661-1662.

²¹ En ce sens, voy. not. D. PHILIPPE, « À propos du dommage indirect et imprévisible et des clauses s'y rapportant », op. cit., p. 537.

pris par le débiteur, en manière telle que le dommage, même indirect, qui résulterait de son inexécution ne puisse pas être écarté par une clause exonératoire qui viserait, d'une manière générale, le dommage indirect. Dans ce cas, il serait en effet logique que l'intention des parties telle qu'elle se serait spécifiquement exprimée sur la définition d'un engagement précis ne puisse être déjouée par le biais d'une clause exonératoire de portée générale²².

Section 3

Mise en œuvre de ces principes dans le contexte des contrats informatiques

7. L'informatique occupe une place de plus en plus essentielle au sein de l'entreprise. Il n'est aujourd'hui plus concevable d'exercer une activité économique sans un système performant de traitement de l'information.

Cette dépendance de l'entreprise vis-à-vis de ses systèmes d'information a accru d'une manière considérable les préjudices susceptibles de résulter d'une défaillance ou d'une indisponibilité desdits systèmes²³.

Ainsi, le dysfonctionnement d'un système de bases de données peut paralyser l'activité d'une compagnie d'assurances en l'empêchant d'ouvrir ou de gérer les sinistres de ses assurés.

Le prestataire informatique veille donc à se décharger de sa possible responsabilité concernant les dommages indirects ou en tout cas certains d'entre eux.

8. Il est, par exemple, habituel que le prestataire écarte sa responsabilité pour tout préjudice lié à la perte de données.

Dans l'hypothèse où le prestataire effectuerait une manœuvre imprudente à l'origine d'une perte de données de son client, il pourrait, en vertu du droit commun, être tenu responsable du préjudice résultant de cette perte de données (dans l'exemple précité de la compagnie d'assurances, on pourrait imaginer, à la suite de cette perte de

²² En ce sens, en matière d'interprétation des contrats, voy. A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Bruxelles, Larquier, 2007, pp. 268-269, n° 360. Pour un exemple jurisprudentiel, voy. l'arrêt *Chronopost* de la Cour de cassation de France, cité *infra*, n° 10.

²³ Au titre de dommage indirect, sont cités : frais de dépannage, procédures de backup et de récupération des données, location d'équipements alternatifs, déplacement du personnel, heures supplémentaires du personnel, retour à des procédures manuelles... (X, *Le droit des contrats informatiques*, op. cit., p. 459). À propos de la dépendance de l'entreprise par rapport à son système informatique, voy. A. CRUQUENAIRE et J.-Fr. HENROTTE, « La saisie-description en matière informatique : appel à une plus grande pondération et à la juste mesure des magistrats », R.D.T.I., 2010, pp. 13 et s. (dénonçant l'abus des procédures de saisie en matière de contrefaçon lorsque les mesures sollicitées rendent les systèmes informatiques de la partie saisie indisponibles alors que cela n'est pas nécessaire au regard des critères posés par le Code judiciaire pour ce type de mesures).

données, une prise en charge induite d'un sinistre ou une intervention tardive causant un préjudice à un assuré). L'importance du dommage peut être sans commune mesure avec la nature de l'intervention du prestataire sur le système de son client. Pourtant, au regard du droit commun, le lien causal devrait être considéré comme établi et, par conséquent, le dommage réparable. L'exigence de prévisibilité du dommage serait sans doute remplie également, dans la mesure où un prestataire informatique, surtout s'il est spécialisé dans les services relatifs à des systèmes de bases de données, ne peut raisonnablement soutenir qu'il ignorait, au moment de conclure le contrat, les répercussions d'une perte de données sur l'activité du client. Prétendre cela reviendrait à faire aveu d'un manquement grave en termes d'obligation d'information et de conseil. Une jurisprudence dominante considère en effet que le prestataire informatique a un devoir de s'informer sur les besoins du client et les spécificités de son système informatique²⁴.

L'exonération de responsabilité portant sur tout préjudice lié à une perte de données devrait être jugée valable, à moins que la préservation des données du client fasse partie du cœur de la mission confiée au prestataire informatique. Dans ce dernier cas, l'exonération de responsabilité porterait atteinte à l'objet de la convention tel qu'il a été défini par les parties contractantes. Ainsi, dans le cas de missions portant spécifiquement sur un système de bases de données, on devra considérer que les mesures de préservation des données du client sont intimement liées à l'objet du contrat de services, et ce, même si le contrat ne prévoit rien expressément. Il convient en effet de ne pas négliger le fait que le contenu obligationnel du contrat comporte non seulement les dispositions expresses du contrat, mais également toutes les suites qui découlent de la nature des obligations stipulées (art. 1135 C. civ.)²⁵. En écartant des engagements « périphériques » qui sont liés à la nature des obligations essentielles du contrat, on porte atteinte à ces dernières²⁶.

En l'absence de clause contractuelle spécifique, la Cour d'appel de Liège s'est prononcée sur les conséquences d'une perte de données. En l'espèce, un prestataire avait manqué à son obligation de conseil et d'information lorsqu'il avait effectué une modification au système informatique de son client. Il avait omis d'attirer son attention sur le fait que l'ajout d'un scanner risquait de faire sensiblement augmenter le volume des données stockées, avec pour conséquence l'insuffisance ultérieure de la capacité du backup installé à l'origine par le même prestataire (insuffisance dont le client ne pouvait pas s'apercevoir car le prestataire n'avait pas installé d'écran de contrôle sur le système de backup – le client ne pouvant donc visualiser un message l'invitant à

²⁴ Voy. spéc. : E. MONTERO, « Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des fabricants et vendeurs professionnels », in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, coll. CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 334-340 ; E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, op. cit., pp. 60-64.

²⁵ Voy. not. C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, coll. Bibliothèque de Droit privé, tome 460, Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 167 et s.

²⁶ A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, op. cit., pp. 277-279, spéc. n° 379.

changer le support de sauvegarde des données). À la suite d'une défaillance machine survenue quelque temps plus tard, le client a voulu récupérer ses données à partir du backup et a déploré la perte de trois mois de données clients. La Cour d'appel de Liège a considéré qu'il n'y avait pas de certitude dans le lien entre la faute du prestataire et la perte des données et que l'on ne pouvait dès lors pas considérer comme établi le lien causal entre la faute du prestataire et le dommage²⁷.

Un procédé permettant au prestataire de s'exonérer malgré tout lorsque l'objet des services expose à des risques de perte de données consiste à stipuler à charge du client une obligation de prendre toute disposition utile afin de réaliser des sauvegardes de données. Si le client remplit son obligation, le préjudice en cas de faute du prestataire sera nécessairement limité. Si le client n'exécute pas sa propre obligation, on pourra considérer que le manquement du client est susceptible de constituer une cause étrangère libératoire qui va rompre (au moins partiellement²⁸) le lien causal entre la faute du prestataire et le dommage subi par le client à la suite de la perte de données²⁹. On pourrait en outre considérer qu'en stipulant cette obligation à charge du client, les parties ont manifesté leur commune intention de ne pas considérer la préservation des données comme une obligation essentielle du prestataire.

Enfin, même en l'absence de clause spécifique, il convient de ne pas négliger l'obligation pour la victime d'une inexécution contractuelle de minimiser son préjudice. Cette obligation découle du principe de l'exécution de bonne foi des conventions³⁰. La sanction de son inobservation est la paralysie totale ou partielle du créancier dans l'exercice des droits qu'il tire du contrat, afin de cantonner cet exercice dans les limites d'un exercice normal³¹. En cas de manquement du client à ce devoir de prendre

²⁷ Liège, 7 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1198.

²⁸ Dans l'hypothèse de fautes concurrentes de la victime et du débiteur, voy. Cass., 9 octobre 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 2195 (énonçant que la réparation intégrale n'est pas admissible dans ce cas et qu'il convient de déterminer la part respective des différentes fautes afin de fixer le dommage en lien causal avec le manquement contractuel). Pour un exemple dans le domaine informatique, voy. Liège, 24 juin 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 525 (diminuant le préjudice réparable en raison de l'imprudence du client dans les mesures unilatéralement adoptées à la suite de la défaillance du système fourni par le prestataire débiteur de responsabilité).

²⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 : Théorie générale du contrat, op. cit., p. 500, n° 565.

³⁰ En ce sens, voy. : J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 872-875 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 703 ; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) : Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, pp. 465 et s. ; H. BOCKEN, « De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen », *R.W.*, 1989-1990, p. 1043 ; W. DE BONDT, « Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht », *T.P.R.*, 1984, p. 114 ; F. BAERT, « De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten », *R.W.*, 1956-1957, col. 500.

³¹ Voy. not. Cass., 8 février 2001, *R.G.D.C.*, 2004, p. 396 ; Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472. En doctrine, voy. spéc. : J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 2000, pp. 124-125 ; P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.*, 1994, p. 207 ; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) », *R.W.*, 1992-1993, p. 1223 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) : Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 52.

toutes mesures de limitation du dommage auxquelles le prestataire pouvait légitimement s'attendre, on pourrait en outre considérer le dommage comme imprévisible pour le prestataire, ce qui le ferait purement et simplement sortir du champ du dommage réparable³².

9. Une exonération de responsabilité libellée en des termes généraux risque de poser des difficultés, dans la mesure où la notion de dommage « indirect » n'est pas clairement délimitée en droit.

Ainsi, dans un litige portant sur la fourniture d'un logiciel comptable qui s'est avéré défectueux, le préjudice jugé réparable englobait notamment les frais liés au réencodage des données clients dans un nouveau logiciel acquis par le client, ou encore les frais d'impression de documents comptables erronés. Pourtant, les conditions générales du prestataire prévoyaient une exonération de responsabilité pour dommage indirect. Le Tribunal de commerce de Bruxelles n'a pas remis en cause la validité de la clause d'exonération, mais a estimé que les dommages précités ne devaient pas être considérés comme des dommages indirects, mais plutôt comme des « dommages prévisibles au moment du contrat qui sont la suite directe de la déficience du logiciel »³³. Le tribunal a donc adopté une vision étroite de la notion de dommage « indirect », en assimilant au dommage direct tout préjudice en lien causal avec l'inexécution contractuelle.

Cet exemple illustre la nécessité de préciser les clauses contractuelles afin que l'intention des parties quant aux limites de responsabilité soit clairement exprimée. En cas de doute, conformément à l'article 1162 du Code civil, les dispositions contractuelles doivent s'interpréter en défaveur de leur bénéficiaire³⁴. Cela signifie, dans le cas d'une clause d'exonération de responsabilité, qu'il convient, en cas de doute sur l'intention des parties, d'interpréter la clause en défaveur du débiteur de responsabilité³⁵.

10. Compte tenu des incertitudes afférentes à la notion de dommage indirect, il est prudent pour le prestataire de combiner une clause d'exonération écartant ce type de préjudice avec une clause limitant le montant des indemnités dues par lui en cas d'inexécution fautive. Ainsi, dans l'hypothèse où le dommage invoqué par le client

³² En ce sens, voy. D. PHILIPPE, « À propos du dommage indirect et imprévisible et des clauses s'y rapportant », *R.D.I.D.C.*, 2010, p. 504.

³³ Com. Bruxelles, 11 mars 1992, *J.T.*, p. 206. Dans le même sens, concernant les frais de réencodage de données perdues à la suite d'une faute du prestataire, voy. Liège, 24 juin 1999.

³⁴ En ce sens, voy. : S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 717 ; R. KRUIJTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) : Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, p. 452 ; J.-Fr. LECLERCQ, concl. préc. C. trav. Mons, 8 mai 1987, *J.T.*, 1988, p. 141.

³⁵ Sur l'application de ce principe à l'interprétation des clauses d'exonération, voy. not. : Cass. (1^{er} ch.), 22 mars 1979, *R.C.J.B.*, 1981, p. 189 (clause d'exonération de responsabilité interprétée en défaveur du débiteur de responsabilité) ; Mons (1^{er} ch.), 11 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 635 (*idem*) ; Liège (3^e ch.), 20 décembre 1994, *Pas.*, 1994, II, p. 26 (*idem*) ; Civ. Dinant, 2 mars 2000, *R.G.A.R.*, 2001, n° 13368 (clause de limitation de couverture interprétée en défaveur de l'assureur).

serait considéré comme non couvert par la clause exonératoire, le prestataire pourrait contenir les effets défavorables de cette interprétation par le biais de la clause limitative d'indemnisation.

Il est ainsi d'usage de prévoir des clauses calquant le montant maximal des indemnités dues par le prestataire informatique sur le prix des prestations fournies. L'enjeu du litige de responsabilité sera donc, dans tous les cas, limité à la valeur du contrat de services.

Une telle limitation de responsabilité est en principe valide³⁶, à moins que l'objet des services, tel que défini dans le contrat, exprime une volonté commune des parties de faire supporter des engagements plus lourds au prestataire. Ainsi, dans un arrêt prononcé dans la célèbre saga judiciaire *Chronopost*, la Cour de cassation de France a-t-elle cassé la décision attaquée au motif qu'elle n'avait pas examiné si la clause des conditions générales limitant la responsabilité du prestataire de services de courrier rapide au prix de l'envoi était valide en ce qu'elle contredisait un engagement essentiel souscrit par le prestataire³⁷. Il convient donc d'examiner si l'objet du contrat, tel qu'il est défini dans la commune intention des parties, est mis à néant par la clause de limitation de responsabilité. Dans le cadre de l'échec d'un projet informatique, la Cour de cassation de France a précisé sa position en jugeant que « [...] seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur »³⁸. Il y a donc lieu d'apprécier la clause limitative de responsabilité au regard de la portée de l'obligation essentielle du prestataire informatique (est-ce que la clause libère le prestataire de toute contrainte sérieuse liée à cette obligation ?) ainsi qu'en considération du contexte plus large de l'opération faisant l'objet du contrat (le plafond de responsabilité ainsi stipulé est-il dérisoire par rapport à l'importance de l'opération envisagée par les parties ?)³⁹. La correcte mise en œuvre de cette jurisprudence requiert donc la prise en compte de l'ensemble des éléments du contexte contractuel, afin de bien apprécier la correcte intention des parties contractantes. Ainsi, dans le cadre d'un contrat de services portant sur la réalisation de développements limités mais cruciaux pour l'exploitation d'un système, on pourrait discuter de la validité d'une clause limitative de responsabilité au prix des services, pour autant que le prestataire ait été pleinement informé de l'importance de ses développements⁴⁰ en fonction des besoins du client auxquels ils sont censés

³⁶ Sur la validité des clauses exonératoires de responsabilité, voy. spéc. B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit., 2001, pp. 50-75.

³⁷ Cass. fr., 30 mai 2006, *Bull. civ.*, 2006, IV, n° 132, p. 134. Pour une motivation plus explicite, voy. le premier arrêt *Chronopost* : Cass. fr., 22 octobre 1996, *D.*, 1994, jurispr., p. 121.

³⁸ Cass. fr., 29 juin 2010, *C.C.E.*, 2010, comm., n° 99 (rejet). Voy. aussi l'arrêt attaqué : Paris, 26 novembre 2008, *C.C.E.*, 2009, comm., n° 37.

³⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Faurecia 3 : la Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques », *C.C.E.*, 2010, comm., n° 99, p. 34.

⁴⁰ Ce qui, *a priori*, relève de sa compétence.

contribuer à répondre⁴¹. Comme souvent dans les contrats informatiques, les éléments factuels tirés de la négociation précontractuelle joueront probablement un rôle décisif.

11. Une autre technique parfois utilisée pour limiter la responsabilité liée à certains types de préjudice indirect consiste à stipuler une clause pénale. Cela peut paraître paradoxal, puisque la clause pénale est définie comme la clause « par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par suite de ladite inexécution »⁴². La logique de ce type de clause est de dispenser le créancier de la preuve de l'étendue de son préjudice en stipulant un montant forfaitaire d'indemnisation de celui-ci.

La clause pénale peut être utile afin de limiter la responsabilité du prestataire, dans la mesure où son intangibilité est de principe⁴³. En d'autres termes, le client victime de l'inexécution du contrat ne pourra réclamer plus que le montant stipulé dans la clause pénale. Cette dernière devient donc une clause d'exonération déguisée lorsque le préjudice susceptible d'être subi est nettement supérieur à celui stipulé dans la clause pénale⁴⁴. Dans ce cas toutefois, le juge devrait requalifier la clause pénale en clause exonératoire de responsabilité (et jauger sa licéité au regard notamment du test de la préservation de l'objet contractuel)⁴⁵.

Dans la pratique, certaines clauses pénales comportent une réserve autorisant le créancier à réclamer son préjudice réel supérieur au montant de la clause pénale, pour autant qu'il l'établisse conformément au droit commun. La licéité de ce type de réserve est discutable, car cela contrevient au principe de l'intangibilité de la clause pénale⁴⁶.

L'obstacle n'est toutefois pas insurmontable, moyennant un minimum d'ingéniosité contractuelle. Il suffit en effet, pour contourner la difficulté, de stipuler une clause pénale forfaitaire pour une partie du préjudice et réserver l'application du droit commun pour le surplus. Il est ainsi fréquent de stipuler une indemnité forfaitaire pour

⁴¹ À cet égard, c'est au client de veiller à informer le prestataire.

⁴² Art. 1226 C. civ.

⁴³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 : Théorie générale du contrat, *op. cit.*, p. 620, n° 707.

⁴⁴ Rappelons qu'afin d'apprécier le caractère excessif ou insuffisant de la clause pénale, il convient de se placer au moment de la conclusion du contrat et non au moment de la réalisation effective du dommage. C'est donc sur la base du dommage susceptible de résulter de l'inexécution, tel que les parties pouvaient raisonnablement l'anticiper au moment de s'engager, qu'il y a lieu d'évaluer une clause pénale. À ce propos, voy. P. WÉRY, « La loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires : fin de la crise de la clause pénale ou début de nouvelles incertitudes ? », *R.G.D.C.*, 1999, pp. 231-232.

⁴⁵ En ce sens, voy. : B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *op. cit.*, p. 35, n° 5 ; E. MONTERO, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2001, p. 398, n° 8.

⁴⁶ P. WÉRY, « La clause pénale », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, *op. cit.*, pp. 282-283.

réparer le préjudice à l'image – qui est difficile à établir et expose dès lors au risque de l'octroi de dommages et intérêts symboliques⁴⁷ – et de réserver la faculté de postuler la réparation de tout autre préjudice qui serait établi par le créancier. De la sorte, la clause pénale permet d'obtenir un montant minimal, tout en préservant la faculté de le dépasser en cas de dommage supérieur⁴⁸.

Conclusion

12. La notion de dommage indirect n'est pas nettement définie en droit. Elle n'offre dès lors pas une sécurité juridique satisfaisante aux parties contractantes dans la définition de leurs engagements respectifs.

Les dispositions des articles 1150 et 1151 du Code civil paraissent limiter le dommage réparable en matière contractuelle, mais l'interprétation dominante qu'en font la jurisprudence et la doctrine tend à consacrer, en droit commun, le principe d'une réparation intégrale du préjudice contractuel, pour autant qu'il existe un lien de causalité entre le dommage et le manquement aux obligations contractuelles.

Les contractants seraient dès lors avisés de définir les éventuels dommages qu'ils entendent le cas échéant écarter du champ contractuel, et en tout cas d'une manière plus précise que via le seul recours à une notion aussi incertaine que le dommage (in)direct.

À cet égard, la validité des clauses exonératoires n'est plus discutée en droit belge, pour autant que celles-ci ne portent pas atteinte à l'objet de la convention. Lorsque l'une ou l'autre des parties accorde de l'importance à un engagement déterminé, il faut veiller à ce que la commune intention des parties soit clairement exprimée dans les termes de la convention. Il convient de ne pas perdre de vue qu'en cas de doute sur l'intention des parties, les clauses du contrat doivent s'interpréter en défaveur du bénéficiaire de la clause considérée (en défaveur du débiteur dans le cas d'une clause exonératoire ou limitative de responsabilité, par exemple).

13. La pratique des contrats de services informatiques confère un intérêt particulier à la correcte appréhension de la notion de dommage indirect, dans la mesure où d'importants préjudices médiats peuvent résulter d'une inexécution fautive du contrat par le prestataire.

Nous avons illustré notre propos par l'exemple de la perte de données, qui démontre l'utilité préventive du contrat dans une stratégie de correcte définition des risques.

⁴⁷ À ce propos, voy. M. ISGOUR, « L'atteinte à l'image de marque des personnes morales », *A. & M.*, 2007, p. 214 et s., spéc. pp. 229-233 (sur la preuve du préjudice).

⁴⁸ La solution n'est cependant pas parfaite, dans la mesure où subsiste la possibilité pour le débiteur de responsabilité de postuler la réduction de la clause pénale, pour autant que son caractère manifestement excessif (par rapport au dommage prévisible au moment de la conclusion du contrat) puisse être démontré.

14. Au-delà de l'intérêt d'une réflexion théorique sur une problématique importante pour les praticiens, le choix du sujet de la présente contribution m'a été inspiré par l'excellence justement reconnue de Noël Simar en matière de réparation du préjudice ainsi que par son affection particulière pour les outils informatiques dans l'exercice de son métier d'avocat.

Qu'il trouve dans ces lignes un modeste hommage à son souci de combiner la mise en œuvre pratique du droit (avec le concours de l'informatique!) et sa correcte appréhension théorique. Le clin d'œil ne serait pas complet si je n'évoquais aussi les bons moments passés au sein du cabinet, et en particulier nos discussions animées à propos de nos passions sportives communes.