

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Belgique

Poullet, Yves

Published in:
Revue Trimestrielle de la Cour de Versailles

Publication date:
1988

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Poullet, Y 1988, 'Belgique: état actuel du Droit positif', *Revue Trimestrielle de la Cour de Versailles*, numéro 10, pp. 55-71.

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.

BELGIQUE :

ÉTAT ACTUEL DU DROIT POSITIF*

Yves POULLET

*Directeur du Centre de Recherche Informatique et Droit (C.R.I.D.)
Chargé de cours à la Faculté de Droit de Namur*

Trois vérités me semblent traverser le droit belge de l'informatique suivant les domaines de ce droit :

Une première vérité concerne la protection des programmes et des données. Lorsque le législateur se tait, et en Belgique il se tait souvent, il faut bien que nos juges se débrouillent. Leurs audaces méritent l'attention même si elles sont parfois critiquables (décisions III, IV, VI).

En matière de contrats informatiques, nos juges ne paraissent pas convaincus du caractère neuf du Droit de l'informatique. Ce droit n'est-il pas que l'occasion d'une revitalisation des principes fondamentaux du droit des contrats : principes de bonne foi et de l'autonomie de la volonté dont il importera surtout d'arbitrer le débat (décisions I et II).

Une troisième vérité peut être dégagée d'un arrêt récent en matière de transfert électronique de fonds. Cet arrêt illustre le rôle que le droit peut jouer dans la promotion d'une technologie, plus sûre et plus fiable (décision V).

I. — CONTRAT INFORMATIQUE - OBLIGATIONS FOURNISSEURS UTILISATEURS

(GAND, 4 JUIN 1986)

Les faits à la base de la décision de la Cour de Gand (1) sont classiques : une P.M.E. acquiert par deux « conventions » distinctes :

— d'une part, un système de traitement informatique comprenant un matériel, un logiciel de base, la formation du personnel de l'appelante et des équipements périphériques représentant 4/5 du montant du marché;

— d'autre part, des programmes d'application et les analyses fonctionnelles et organiques y relatifs.

* Texte à jour à la date de la communication, le 8 oct. 1987.

...

« Dans la mesure où une partie préalablement tenue à une prestation manque gravement à celle-ci, l'autre partie est en droit de se défendre en suspendant sa propre prestation » (3).

...

Une seconde condition est généralement exigée par la doctrine (4) pour faire valoir que le droit à l'exception des paiements n'est qu'une application. A la condition du « manquement grave » du cocontractant rappelée par la Cour, doit s'ajouter la condition de proportionnalité de la riposte. En refusant de s'exécuter, le contractant qui soulève l'exception, ne peut créer dans le chef de l'autre partie, un dommage sans mesure avec celui qu'il a lui-même subi.

Les clauses contractuelles peuvent cependant aménager le devoir de bonne foi des parties lors de l'exécution du contrat et ce notamment par des clauses d'exonération de responsabilité. Les juges en rappellent cependant les limites tirées du principe de bonne foi.

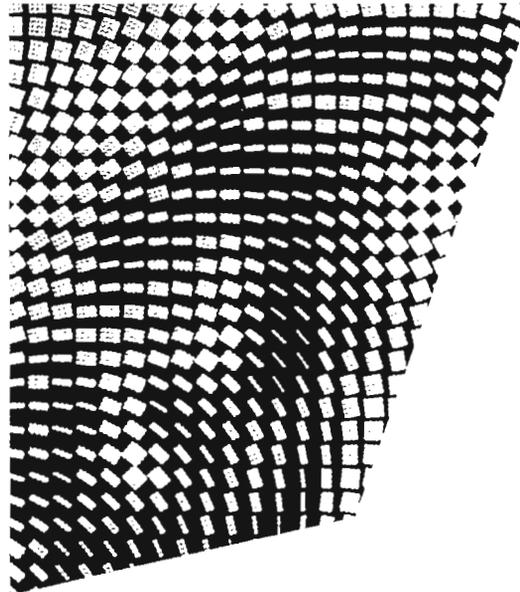
...

« En principe, chacune des parties pouvait contractuellement se décharger des suites d'une faute grave ou d'un dol — compris comme la faute intentionnelle — non d'elle-même mais de ses employés, pour autant qu'aucun texte légal ne l'interdise et que cette décharge n'ait pas pour conséquence de détruire l'objet du contrat ou d'enlever au contrat toute utilité.

Il n'existe pas dans la présente matière de telle prohibition légale. Compte tenu cependant de l'exigence de bonne foi soulignée ci-avant à laquelle les parties sont tenues dans la réalisation d'un système de traitement informatique, l'intimée ne peut se décharger du dol même s'il s'agit de celui de ses employés. C'est pourquoi la décharge prévue à l'article 10 des conditions générales de vente de l'intimée doit être considérée comme non écrite » (4).

...

Sur base de ces principes, l'arrêt gantois condamne l'utilisateur et confirme la décision de première instance. Cette décision sévère pour l'utilisateur est une stricte application du principe suivant lequel : « la convention est la loi des parties », les nuances apportées par le rappel du principe de bonne foi s'avérant de peu d'importance puisque les clauses contractuelles en atténuent fortement l'efficacité. A cet égard, le relevé d'une faute du fournisseur dans la période précontractuelle aurait peut-être conduit les juges à une autre solution. En effet, les clauses contractuelles exonératoires de responsabilité ne peuvent valoir pour des incidents ou des négligences qui ont précédé l'établissement de la convention et qui bien souvent en expliquent la mauvaise issue.



On note que la convention n'a pas été précédée de la rédaction d'un rapport d'analyse ou d'un cahier des charges.

La responsabilité de l'échec de l'opération d'informatisation est rejetée par chacune des parties sur l'autre. Les juges gantois, dans la résolution du litige, mettent en avant un certain nombre de principes qui résument bien notre jurisprudence relative aux obligations bilatérales « fournisseurs-utilisateurs » d'un achat informatique.

Le fournisseur arguait du fait de l'existence de deux « conventions » pour affirmer qu'en tout état de cause, la première devait être exécutée. Nonobstant l'existence de deux « instruments » distincts, les juges considèrent que :

...
« L'objet de la convention conclue entre parties le 6 février 1980 est la réalisation, contre paiement, d'un système de traitement informatique complet, spécialement adapté à l'entreprise de l'appelante et opérationnel, dans lequel le hardware et le software forment un tout, ne fût-ce que parce que le hardware a été choisi et composé en fonction de l'information à produire au moyen du logiciel d'application employé et aussi parce que ce hardware est un instrument inutilisable sans ce logiciel d'application et vice versa » (2).
...

La conclusion et l'exécution du contrat exigent, principe essentiel, la collaboration de bonne foi des parties. La signification concrète du principe pendant la phase de conclusion du contrat est définie comme suit par les juges :

...
« Ainsi, dès la fin de la conclusion de la convention, les parties étaient tenues non seulement à l'exercice de bonne foi de leurs libertés d'information et de décision, mais également à une certaine loyauté et collaboration — ne fût-ce qu'au titre de prudence — consistant pour l'appelante à faire connaître les besoins en information de son entreprise et ses souhaits correspondants compte tenu de ses possibilités financières et autre et pour l'intimée, en sa qualité de spécialiste dans un secteur de haute technologie, à proposer immédiatement le matériel et les méthodes de travail les plus appropriées compte tenu des possibilités, besoins et souhaits de son client. »
...

Le non-respect grave du devoir de bonne foi implique le droit pour l'utilisateur, *quod in casu*, de suspendre ses paiements nonobstant l'affirmation contractuelle que le respect des échéances est de rigueur. Les juges sont particulièrement clairs à cet égard.

Enfin, on opposera aux motivations de cette décision, celle rendue par la Cour d'Anvers le 23 novembre 1983 (5) dans une affaire en bien des points semblable à celle-ci où les juges centrent leurs discussions sur le fait, premièrement, que le devoir d'information du fournisseur est plus important lorsque le client, même non profane en informatique, l'est dans le secteur spécifique des activités à programmer, deuxièmement, que « le fournisseur d'un système d'enregistrement du temps de travail n'est donc pas un simple vendeur de matériel mais qu'il doit en outre garantir l'adaptation du matériel livré et son bon fonctionnement; qu'il doit veiller, après études préalables, à ce que le matériel livré réponde aux besoins de l'intimée... »

L'arrêt d'Anvers contient d'autres précisions intéressantes à propos de la fixation des dommages et intérêts. L'arrêt refuse la prise en compte des frais d'aménagement et d'équipement (achat d'une extension) qui pourront servir lors de l'acquisition d'un nouveau matériel; la perte de temps et les frais de déplacement du personnel de discussion pour les besoins de la préétude, frais jugés inhérents à l'étude et à l'acquisition d'un nouveau système, aussi complexe qu'un ordinateur; enfin, les frais relatifs à l'obligation pour l'utilisateur de traiter manuellement les rémunérations puisque le calcul des rémunérations devrait de toute façon être effectué et « qu'il ne découle aucun frais complémentaire de la réalisation normale de ces opérations telle qu'elle avait lieu avant la livraison » (6).

II. — L'INTERVENTION D'UN CONSEIL (BRUXELLES, 10 AVRIL 1986)

L'affaire portée à la connaissance des juges bruxellois (7) est classique : un laboratoire médical confie contractuellement à une société de conseils le soin d'étudier ses besoins en informatique, le choix de l'ordinateur et la mise en œuvre de celui-ci.

L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 10 avril 1986 est riche d'enseignements sur la responsabilité des sociétés de conseils dans l'opération d'informatisation. Un laboratoire médical confie contractuellement à une société de conseils, le soin d'étudier ses besoins en informatique, le choix de l'ordinateur et la mise en œuvre de celui-ci.

L'ordinateur choisi se révèle de capacité insuffisante et sa technique peu adaptée aux besoins spécifiques du laboratoire. La réalisation du logiciel d'application confié par le fournisseur de l'ordinateur à une société de programmation est gravement imparfaite.

L'arrêt analyse à la fois la responsabilité du conseiller et celle du fournisseur de l'ordinateur. On se contentera d'épingler trois réflexions sur les attendus principaux :

Alors que le contrat conclu avec la société de conseils était unique, les juges envisagent séparément les diverses phases de la mission du conseiller, en l'occurrence confiées à des employés différents et faisant l'objet de rapports distincts. Ainsi, l'étude d'opportunité ou de l'existant est estimée satisfaisante et

la résolution du contrat ne peut être que partielle, c'est-à-dire visera la seconde phase de la mission de l'expert, à savoir l'analyse fonctionnelle et la voix de l'ordinateur.

Cette distinction faite au sein d'un contrat unique apparaît fondée. L'étude d'opportunité est en soi un produit susceptible de reprise en tant que tel si l'utilisateur désire confier à un nouvel entrepreneur la continuation des opérations.

Quant à la seconde phase, les juges estiment fondée la responsabilité du conseiller. Ils rejettent l'argumentation du conseiller suivant laquelle l'obligation de conseil est une pure obligation de moyens, au profit d'une analyse plus nuancée et plus juste :

...

« Attendu que C.E.D.E.C. était contractuellement chargée du logiciel de base et elle assume dans ce domaine, une responsabilité dont l'appréciation ne peut s'opérer à l'aide du seul critère fourni par la qualification alternative : obligation de moyens ou de résultats.

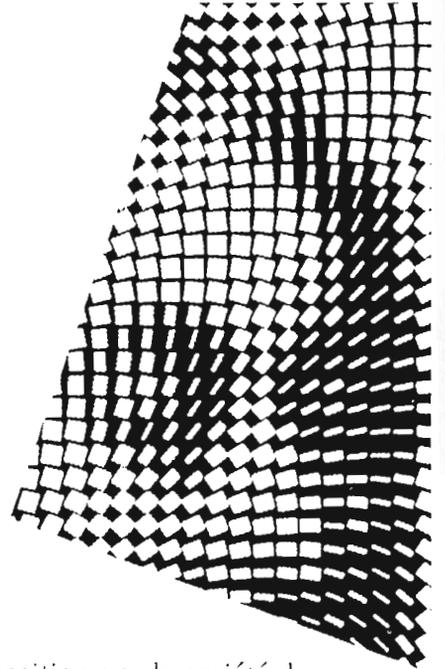
Que les obligations qui naissent des contrats informatiques sont les composantes d'un système complexe dans lequel fourniture et services sont étroitement interdépendants et qui, en l'espèce, auraient dû concourir à l'élaboration d'un logiciel d'application individualisé de manière à répondre aux besoins d'un utilisateur déterminé.

Que le contrat informatique a donc le caractère d'une structure ouverte dans laquelle la règle de l'exécution de bonne foi fait à chacune des parties le devoir de collaborer au but commun. »

...

Les juges retiennent dès lors comme fautive la proposition par la société de conseils d'un ordinateur de capacité insuffisante (64 K au lieu de 99 et 128 K) et de technique (celle du Swapping) mal adaptée aux programmes d'introduction interactive de données. Ces deux caractéristiques de l'ordinateur ayant entraîné des difficultés de programmation, le lien de causalité entre la faute du conseiller et le dommage subi par l'utilisateur est établi à suffisance.

Le fournisseur de l'ordinateur se retranchait derrière la clause d'exonération de responsabilité quant au caractère adéquat de la configuration, figurant dans son contrat standard. Nonobstant la clause, les juges retiennent la responsabilité du fournisseur : celui-ci, mis en possession du rapport d'analyse fonctionnelle, devait prendre conscience de l'inadéquation de l'ordinateur retenu et, selon le principe de bonne foi, devait proposer rapidement le remplacement de l'ordinateur : « Attendu qu'en s'abstenant pendant plusieurs mois de dénoncer à l'utilisateur les défauts de l'analyse fonctionnelle qui empêchaient l'élaboration



d'une programmation adéquate, le fournisseur s'est effectivement rendu coupable de réticence dolosive car en agissant ainsi il est devenu le complice du conseiller. »

Une telle faute est contractuelle (bonne foi dans l'exécution du contrat) et justifie la résolution du contrat du fournisseur. On notera que le juge n'a pas analysé la responsabilité du fournisseur du fait de son sous-traitant chargé de la programmation.

Ainsi, l'arrêt consacre l'unité de l'opération d'informatisation, même lorsque la réalisation de celle-ci est l'objet de contrats distincts, auprès d'un conseiller d'une part, d'un fournisseur d'autre part. Le fournisseur choisi par le conseiller a sinon un devoir d'analyse de la solution proposée par le conseiller, au moins l'obligation de réagir rapidement dès qu'il peut constater les insuffisances de la solution proposée (8). Une réaction tardive entraînera un partage des responsabilités (en l'occurrence, 1/5 pour le fournisseur, 4/5 pour le conseiller) dans l'échec de l'opération.

Mais je ne voudrais pas conclure là les leçons de l'arrêt repris ci-dessus et analyser les conditions d'un recours du fournisseur contre le conseiller. Bien souvent, en effet, le fournisseur est en première ligne face à l'utilisateur. Celui-ci sait qu'il dispose d'un défendeur solvable et bien souvent, au moment où se révèlent les difficultés, seul le fournisseur est encore dans la place. Attaqué, le fournisseur peut-il se retourner lui-même et en son nom contre le conseiller avec lequel il n'a aucune relation contractuelle?

Une incise de la Cour de Bruxelles m'invite à répondre à cette question.

« ... jusqu'à présent dans le présent litige, aucun lien ne s'est noué entre Nixdorf et C.E.D.E.C. quoiqu'ils se rejettent mutuellement la responsabilité de l'échec du projet informatique, qu'aucun d'eux n'a exercé de recours contre l'autre... »

Elle n'exclut pas absolument un recours du fournisseur contre la société de conseil dont la faute a engendré des perturbations contractuelles entre l'utilisateur et le fournisseur.

Ce recours pourra-t-il se fonder sur l'article 1382 du Code civil?

La raison d'en douter est la jurisprudence restrictive de la Cour de cassation concernant l'admission des actions en responsabilité délictuelle dont la source est un manquement à un contrat auquel le demandeur n'est pas partie.

Il semble cependant que la jurisprudence considère qu'une partie peut être délictuellement responsable vis-à-vis des tiers auxquels par un manquement contractuel elle a causé un dommage. L'examen approfondi de cette question sort du cadre de cette note (9).

III. — PROTECTION DES PROGRAMMES ET PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

(COUR D'APPEL DE BRUXELLES, RÉFÉRÉ, 20 JUIN 1986)

La Belgique ne dispose toujours pas à l'heure actuelle de législation

spécifique sur la protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateurs. L'applicabilité de la vieille loi (1884) sur le droit d'auteur aux programmes d'ordinateurs est âprement discutée en doctrine (10) et la jurisprudence hésite.

Parmi les consécutions timides de la jurisprudence (11), on doit citer deux décisions : la première concernait un prétendu copiage de logiciel (12). L'action avait été intentée sur base des articles 54 et 55 de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce qui prévoient la possibilité d'une action rapide en cessation lorsqu'un commerçant porte atteinte aux intérêts d'un autre commerçant et ce par un agissement contraire aux usages dans la profession. La procédure peut être intentée entre autres en cas de violation de secrets de fabrique ou de commerce ou en cas de copie servile de produits.

La procédure introduite n'aboutit cependant pas. Le Président du Tribunal de commerce de Bruxelles se déclare incompétent : « La propriété d'un logiciel peut relever du droit d'auteur... si bien qu'il s'agirait d'une contrefaçon » au sens de la loi sur le droit d'auteur. Or, l'action en cessation est précisément exclue en cas d'actes de contrefaçon (art. 56 de la loi sur les pratiques du commerce). Si donc le droit d'auteur devait s'imposer, une telle action deviendrait impossible pour sanctionner le piratage de logiciels (13).

L'arrêt du référé de la Cour d'appel de Bruxelles du 20 juin 1986 (14) constitue la seconde décision. La société Apple, consciente du piratage de ses produits par deux sociétés de la place obtient une ordonnance de saisie description interdisant aux deux sociétés de se désaisir des contrefaçons réalisées et désignant un expert qui conclura à l'existence d'une copie puisque servile des produits Apple.

La continuation de la commercialisation des copies par les deux sociétés explique une démarche d'Apple auprès du Président du tribunal de première instance de Bruxelles qui refuse d'accéder à la demande d'Apple. Selon le Président, l'action étant basée sur le droit d'auteur et la protection du logiciel en Belgique par cette voie étant incertaine, il serait nécessaire de trancher d'abord cette question au fond, ce qui est interdit au juge dans le cadre d'une procédure en référé.

La Cour réforme cette décision :

...

« Attendu que l'appelante ne demande pas un jugement déclaratoire sur l'existence de droits d'auteur sur ses programmes... Que s'il est vrai qu'elle demandait dans sa citation... " d'entendre interdire que ses droits d'auteur soient violés ", cette formulation fut corrigée comme suite dans ses conclusions : " entendre interdire que ses programmes soient copiés... " Que les intimées soutiennent à tort que le fait que cette demande soit déclarée fondée aurait un double effet : " 1. la reconnaissance implicite qu'un programme informatique pourrait être protégé par le droit d'au-

teur... Que le Président statuant en référé peut ordonner des mesures lorsque la protection d'un droit évident, suffisamment apparent d'une partie qui apparaît sérieusement menacé, le justifie; ... Que les droits de l'appelante sur les programmes litigieux, quelle que soit la qualification apparaissent incontestables. »

...

Parmi les programmes copiés, on note que le Tribunal ne fait aucune distinction entre les utilitaires et les programmes de traduction (compilateurs). Il relève que la copie ou contrefaçon est indiscutable, en fonction du peu de bytes différents entre le programme originaire et le programme dérivé (par ex. : le programme de traduction n'a que 534 bytes différents sur les 10 240 du programme Applesoft).

...

« En conséquence, la Cour fait interdiction aux intimées de fabriquer, de mettre dans le commerce ou d'avoir en stock des copies, ou des copies presque fidèles, des programmes informatiques de l'appelante, sous quelque nom que ce soit, en quelque forme et quelque langue que ce soit, ainsi que les ordinateurs dans lesquels elles sont stockées;

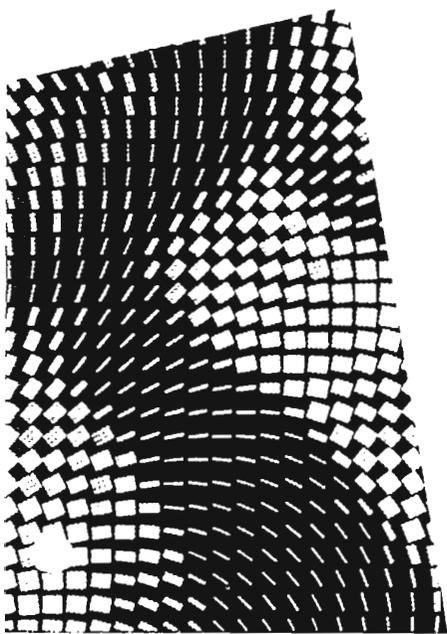
Ceci, à peine d'une astreinte de 500 000 FB par programme qui, en violation avec les interdictions mentionnées, serait réalisé, mis dans le commerce ou tenu en stock;

Fait interdiction aux intimées de poser, de quelque façon que ce soit, des actes litigieux, de les provoquer ou d'inciter des tiers à les poser, en sachant qu'ils sont nécessaires pour l'utilisabilité des ordinateurs;

Fait interdiction à la première intimée de réaliser, mettre sur le marché ou détenir en stock des copies des manuels de l'appelante; ceci, à peine d'une astreinte de 50 000 FB par manuel qui, en violation de cette interdiction, serait réalisé, mis sur le marché ou tenu en stock. »

Ainsi, la décision de la Cour d'appel de Bruxelles, sans l'affirmer expressément, laisse cependant clairement entendre que le logiciel devrait bénéficier de la protection par le droit d'auteur et on attend avec impatience la décision au fond.

Par ailleurs, une commission d'études législatives a été mise sur pied pour réformer notre loi sur le droit d'auteur et s'intéresse entre autres au domaine de l'informatique.



« Si donc, comme c'est très probable, notre législation et notre jurisprudence consacrent le droit d'auteur comme voie privilégiée de protection des programmes d'ordinateur, il faut toutefois souligner que les difficultés d'interprétation et d'application des principes et concepts classiques du droit d'auteur au logiciel ne manqueront pas. Notre loi et notre jurisprudence devront affiner et préciser quelque peu ces principes afin de ne pas dénaturer l'essence de notre droit de la propriété littéraire et artistique. Tâche ardue s'il en est... »

(15)

IV. — PROTECTION DES PROGRAMMES ET VOL

(BRUXELLES 5 DÉCEMBRE 1986)

Un employé licencié par une S.S.C.I. fonde sa propre entreprise. Il est inculpé par son ancien employeur notamment (16) pour vol de programmes. En l'occurrence, il s'agissait d'un logiciel IBM, ainsi que de deux programmes utilitaires S.P.S. et G.P.S.E. développés au sein de cette même firme.

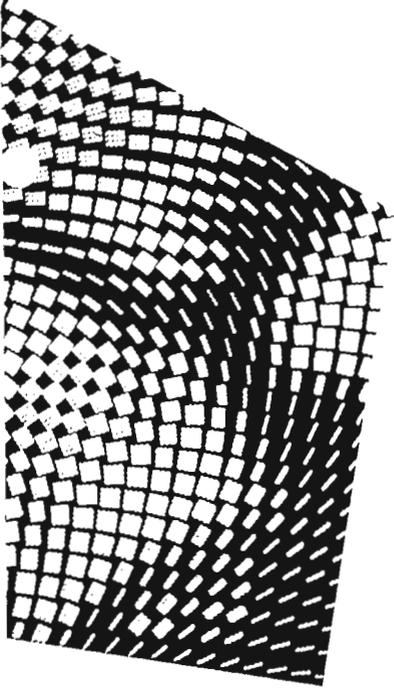
La décision (17) est intéressante à plus d'un égard :

La Cour eut d'abord à se pencher sur le choix de l'esprit. Le défenseur mettait en évidence le fait que ce dernier était administrateur d'une société en relation avec son ancien employeur. Cette demande de récusation de l'expert rejetée par la Cour met en lumière à la fois l'absence d'un corps d'experts publicitaires organisé auprès des tribunaux, le manque de toute expertise au sein même des juridictions et parquets pénaux belges enfin, la nécessité de définir des règles déontologiques pour fixer la mission des experts.

La Cour retient la qualification de « vol » pour le copiage de programmes. En l'occurrence, le vol des supports magnétiques n'était pas établi, la Cour estime cependant, à la suite d'une première décision anversoise (18) pouvoir retenir l'infraction suivant le raisonnement suivant :

...

« Attendu que le prévenu soutient à tort que l'appropriation d'informations par copiage de programmes informatiques ne constitue pas un vol au sens de l'article 461 du Code pénal, car, d'une part, seuls les biens incorporels ont été détournés (B. DE SCHUTTER, *Computerfraude, in inleiding tot het Computergebruik en zijn toepassingsproblemen in het recht*, 57), et, d'autre part, l'information n'a pas quitté le patrimoine du propriétaire (F. GORLE, " Le Strafrechtelijke bescherming van privaateigendom ", R. W., 1983-1984,



2466); que lorsque l'article 461 du Code pénal fait mention de la soustraction d'une chose, on en déduit traditionnellement qu'il ne se rapporte qu'à des biens meubles, qui peuvent être déplacés d'un endroit à l'autre, et à des biens matériels qui peuvent être manipulés physiquement (MARCHAL et JASPAR, *Droit criminel*, 2^e éd., 1^{re} partie, n° 1345); qu'une telle application du concept " chose " n'est certainement plus adaptée à l'évolution de la société (R. VERSTRAETEN, *Diefstal van computergegevens revolutie in het strafrecht?*, *R.W.*, 1985-1986, 215 e.v., n° 18) et doit être élargie dans les limites de ce que le législateur a voulu sans pouvoir prévoir concrètement toutes les situations (J. P. SPREUTELS, *Infractions liées à l'informatique en droit belge*, *Rev. dr. pén. crim.*, 1985, 357 et suiv., nos 9-10); qu'il est évident que les programmes informatiques ont une valeur économique, tant pour ceux qui les ont développés que pour ceux qui les utilisent, qu'ils peuvent faire l'objet de différents actes juridiques comme la vente et la location et sont donc susceptibles d'être transmis ou reproduits; qu'étant donné leur nature spécifique, une telle transmission ou reproduction ne peut avoir lieu qu'à l'aide d'une infrastructure matérielle particulière (bande, disquette, matériel); que lorsque l'on copie avec une intention frauduleuse des données informatiques, soit au départ d'un programme original, soit au départ d'une copie, on s'approprie un élément du patrimoine du propriétaire du programme original (Anvers, 12 décembre 1984, *R.W.*, 1985-1986, 244); qu'une copie en soi appartient également au propriétaire du programme original et a une valeur économique ce qui a été démontré de façon suffisamment claire pendant l'enquête judiciaire, certaines firmes mettant un même logiciel de base à la disposition de différents clients. »

...

Cette décision a fait l'objet de critiques ouvertes d'une partie de la doctrine (19) auxquelles nous souscrivons entièrement.

1) En matière d'incriminations pénales, le principe d'interprétation restrictive condamne toute extension du texte à des hypothèses non strictement prévues par le texte. Les dispositions du code pénal relatives au vol concernent les seules choses mobilières et corporelles, à l'exclusion des choses abstraites, telles que pensées, idées.

2) Si les idées sont exceptionnellement l'objet d'une protection dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle ou pénale, droit des brevets, droit d'auteur, droit du secret professionnel ou de fabrique, c'est que le législateur a voulu maintenir le principe fondamental de nos sociétés démocratiques suivant lequel les idées sont de libre parcours. Dès lors, accorder à son auteur par le biais de la qualification de vol, une protection contre toute utilisation de l'idée par un tiers, c'est violer le principe qui est à la base de toutes ces protections spécifiques.

3) Une protection par le droit pénal des programmes informatiques nécessite donc l'existence d'une législation spécifique, pour laquelle il n'existe aucun projet en Belgique à l'inverse de ce qui se passe dans de nombreux pays étrangers. A défaut d'une telle législation, il faut considérer qu'en accordant une protection pénale contre le copiage de programme d'ordinateurs, le juge se substitue incontestablement au législateur.

V. — T.E.F. ET RESPONSABILITÉS

(LIÈGE 22 FÉVRIER 1985)

La Belgique se caractérise par un développement remarquable de ses services électroniques de paiement : guichet automatique de banque, terminaux points de vente. La décision de Liège (20) analyse les conséquences de la perte d'une carte de banque, plus précisément l'importabilité des conséquences dommageables résultant de la disposition d'une carte magnétique.

In casu, une personne perd la carte Bancontact qui lui a été délivrée par une agence liégeoise. Ayant averti le jour suivant la banque de la perte et constaté, sept semaines après, l'existence de différents retraits sur son compte, la cliente met en cause la responsabilité bancaire.

Les juges confirment la décision de première instance (21) et condamnent la banque.

Certes, ils relèvent deux fautes à la charge de la cliente : premièrement, la vérification tardive de ses extraits de compte, ce qui suppose qu'il existe une obligation pour les clients de consulter régulièrement leurs extraits de compte et d'avertir rapidement la banque de toute anomalie constatée; deuxièmement, la divulgation du numéro de code secret à un tiers, en l'occurrence le fils de la cliente.

Nonobstant l'existence de ces fautes, la Cour estime qu'on peut déduire de l'article 5 du règlement Bancontact (et des usages bancaires, ajoutait le juge du tribunal commerce), selon lequel « l'Institution financière prendra les mesures nécessaires pour empêcher une utilisation frauduleuse de la carte déclarée perdue ou volée », une véritable obligation de résultats de rendre inutilisable immédiatement l'instrument de paiement perdu ou volé.

On remarque aussi que la Cour a qualifié d'obligation de résultats l'obligation contractuelle imposée à la banque de rendre la carte inutilisable dès la déclaration de perte ou vol de celle-ci sans faire de distinction selon le mode de fonctionnement du système (on-line ou off-line) alors que les systèmes off-line présentent plus de difficultés dans la mise en œuvre de l'opposition (en l'espèce,

le système fonctionnait partiellement off-line). Doit-on en conclure que le juge a voulu imposer le passage généralisé au système on-line de façon à diminuer d'éventuels risques liés au développement de nouvelles technologies et à leur utilisation par le consommateur? En tous cas, une telle qualification devrait renforcer la vigilance des banques à utiliser tous les moyens techniques dont elles disposent pour diminuer d'éventuels risques liés au développement des nouvelles technologies et à leur utilisation par le consommateur. On note enfin que la Cour a rejeté l'application de la législation sur le chèque, invoquée par l'appelante, au motif qu'elle est étrangère à la matière.

VI. — PROTECTION DES DONNÉES ET FICHIERS

(J.-P. NAMUR 13 JANVIER 1987)

En 1985, M. X se voit refuser un crédit par la banque Y. La banque Y lui donne l'explication suivante : « La décision négative est une décision qui lui a été signifiée par le biais de son organisme assureur » (22).

L'assureur-crédit, en l'occurrence, avait refusé de couvrir le crédit sans donner le motif de son refus.

Du dossier, il appert que le refus de couverture est fondé sur l'existence d'impayés pour la période 1982-1983, relatifs à une carte de crédit émise par une chaîne de distribution, ouverte au nom de M. X et de Mme Z, alors son épouse, et utilisable moyennant les deux signatures.

M. X évoque les faits suivants :

- les impayés concernent des achats faits par l'ex-épouse seule;
- ces impayés à charge des deux parties ont depuis été réglés par l'ex-épouse;
- l'assureur crédit a été mis au courant du divorce et de l'importance des conséquences préjudiciables qu'entraînerait le maintien de son nom au fichier contentieux.

La communication de renseignements faux justifie selon le juge (23) la condamnation de l'assureur-crédit à un franc de dommages et intérêts pour préjudice moral.

Une des motivations de la décision mérite d'être soulignée. Elle pourrait augurer d'une reconnaissance jurisprudentielle des principes fondamentaux de protection des données, nonobstant l'absence persistante d'une législation belge de protection des données. On notera que ce faisant, la jurisprudence belge suivrait l'exemple de la jurisprudence hollandaise qui a développé également de tels principes comme palliatif à une loi que nos voisins attendent depuis 1984.

L'importance de la décision soulignée, relevons-en la motivation.

Le juge de paix relève tout d'abord l'absence de relation contractuelle entre ficheur, l'assureur-crédit et fiché, pour en déduire implicitement, nous semble-t-il, à charge de celui-ci des devoirs plus contraignants encore de veiller à ne pas porter atteinte à la réputation du fiché, « ce qui doit impliquer, note le juge, prudence et contrôle fréquent des dossiers ».

Un tel raisonnement rejoint la distinction traditionnelle opérée par les législations, en particulier germanique et américaine, entre fichiers détenus par les entreprises dans le cadre de leur relation avec le client et ceux, détenus par des entreprises en l'absence de toute relation avec le fiché, tels les agences de renseignements commerciaux, les éditeurs d'adresse et les assureurs-crédits. Ces derniers fichiers sont contrôlés plus sévèrement étant donné qu'ils ne précisent point dans une relation contractuelle avec le fiché, la légitimation et les limites de leur droit à l'information (24).

Cette première réflexion du juge le conduit à affirmer certains principes de base valables pour toute collecte de renseignements (25). Le premier est repris à l'article 5 de la Convention du Conseil de l'Europe (26) relatif à la qualité des données que nous citerons entièrement.

...

« Les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont :

- a) obtenues et traitées loyalement et licitement;*
- b) enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités;*
- c) adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées;*
- d) exactes et si nécessaires mises à jour;*
- e) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées. »*

...

Un second principe tiré du projet de loi belge (27) mais également consacré par la Convention du Conseil de l'Europe (28) et par toutes les législations étrangères de protection des données, concerne le droit d'accès du fiché y compris le droit de contester et de rectifier les données incomplètes, inexactes, périmées ou illicites.

L'existence de ces deux principes non légalement sanctionnés permet au juge de conclure à l'existence de « standards », c'est-à-dire de normes de comportement et de conduite auxquelles doit se référer tout « ficheur » normalement prudent et diligent, le manquement à de tels devoirs devant être sanctionné.

Une telle déduction est-elle légitime et la référence aux principes de protection de données était-elle réellement nécessaire.

La légitimité de la déduction se fonde sur l'accord de la communauté internationale concrétisé tant par la Convention du Conseil de l'Europe déjà citée que par les « lignes directrices de l'O.C.D.E. » (29) régissant la protection de la vie privée, accord qui porte sur un « noyau dur », c'est-à-dire sur quelques principes minima universellement applicables.

Quant à l'utilité de la référence, la lecture de la suite du jugement pourrait en faire douter. Ne suffisait-il pas de rappeler le principe de la responsabilité du banquier, son obligation d'« avoir égard aux conséquences de ses actes pour les tiers »? Cet argument supplémentaire convainc peu, au double motif que l'applicabilité des principes de responsabilité du banquier à l'assureur-crédit est incertaine et que le principe évoqué concerne l'octroi ou le refus de crédit et non la fourniture de renseignements en vue de l'octroi de crédit.

Il nous apparaissait donc préférable de résoudre la question sur le terrain même où elle était posée, à savoir dans le cadre des devoirs attachés à toute activité de collecte et de traitement de l'information et, pour la première fois, de poser l'existence de normes de comportement propres à cette activité, appelant de ses vœux leur consécration par l'intervention du législateur.

En conclusion, le Droit de l'informatique engage nos juges dans la solution de questions graves touchant au débat économique : comment protéger l'investissement que constitue un travail de programmation mais au-delà à des débats de société. Faut-il promouvoir les nouveaux modes de paiement, sans mettre dans le chef de leurs promoteurs une responsabilité « sans faute »? Quelle utilisation peut être autorisée de données nominatives? Débats fondamentaux pour l'avenir de nos sociétés.

Leurs décisions attestent à la fois de l'urgence de solutions législatives en certaines matières mais également de la pérennité de notre droit civil. Elles témoignent enfin du rôle que le droit peut avoir dans la promotion d'une technologie sûre et fiable.

Modestement, ce sont là les leçons de la prudence de nos juges belges!

Yves POULLET

(1) GAND, 4 juin 1986, *Droit de l'informatique*, 1987, 1, 58.

(2) A noter dans le même sens : Brux. 26 janv. 1984, *Droit de l'informatique*, 1985.I.25 où les juges considèrent que les trois conventions, l'une de matériel, la deuxième de software, la troisième de maintenance, constituent « un tout indissociable » et forment un « groupe de contrats ».

(3) Pour une belle application du devoir d'information du fournisseur dans la période précontractuelle, Brux. 13 avril 1985. En l'occurrence, la publicité de ce dernier mentionnant que les programmes permettaient la gestion des stocks, objectif essentiel pour l'utilisateur. En réalité, ces programmes le permettaient de façon nettement insatisfaisante. La vente est annulée pour erreur commune.

(4) Cf. à cet égard, d'autres décisions citées à ce propos par M. COPEL-Y. POULLET, « Les contrats informatiques », in *Les contrats informatiques*, Précis de la Faculté de Droit de Namur, Bruxelles, 1983, p. 95.

(5) *Droit de l'informatique*, 1985.6.31, note G. VANDENBERGHE.

(6) Sur la prise en considération des dommages, lire Y. POULLET-P. ULLMANN, *Contrats informatiques, Analyse de quelques décisions récentes*, R.D.C., 1984.

(7) Droit de l'informatique, 1986.4.235, note Y. POULLET (Appel d'une décision Trib. comm. Brux. 21 avril 1981), publiée in J.T., 1983.289.

(8) Cf. de façon un peu différente, Trib. comm. Charleroi, 18 décembre 1981, J.T. 1983.291, note Y. POULLET-Ph. ULLMANN : « Le consultant avait non seulement l'obligation de vérifier les éléments et informations à lui communiqués mais devait également exiger les informations complémentaires jugées opportunes et même tester les appareils proposés aux fins de pouvoir juger efficacement de leur adéquation éventuelle aux besoins et exigences de l'utilisateur ».

(9) Pour plus de détails, voir J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile (1958-1975)*, Ch. de jurisprudence, J.T. 1976, p. 572, n° 5; J.-L. FAGNART et M. DENEVE, *La responsabilité civile (1976-1984)*, Ch. de jurisprudence, J.T., 1985, p. 457, n° 5. Comme l'indique M. FAGNART dans sa chronique précitée (J.T. 1975, p. 573), « Il est permis de se demander comment l'on peut justifier, sur le plan de la logique, qu'un manquement contractuel puisse engager la responsabilité aquilienne de son auteur à l'égard d'un tiers. La seule explication possible est que le manquement contractuel constitue en même temps une faute quasi délictuelle. On observera que dans tous les exemples cités ci-dessus, le manquement contractuel allégué est toujours une faute commise par un professionnel. Cette constatation vient renforcer la thèse suivant laquelle la faute professionnelle, commise dans l'exécution d'un contrat est en même temps une faute aquilienne... ».

(10) On trouvera une excellente synthèse des points de vue in B. LEJEUNE, *Protection privative du logiciel en droit belge*, in *Protection du logiciel dans les pays de la C.E.E.*, M. VIVANT (éd.), Paris, 1987, à paraître.

(11) Il existe, à notre connaissance, pas moins de vingt-deux décisions (dont beaucoup sont de médiocre importance) concernant la protection du logiciel rendue dans treize affaires différentes mais aucune de ces décisions n'a tranché au fond la question de la protection du logiciel par le droit d'auteur. Cette jurisprudence provient de quatre types d'actions judiciaires : la saisie-description, l'action en référé, l'action en cessation et l'action pénale.

(12) Prés. Trib. comm. Bruxelles, 9 août 1985, I.C., 1985, p. 463 et s.

(13) Dans deux autres actions en cessation, le juge eut moins de scrupules et ordonna la cessation :

— Prés. Trib. comm. Bruxelles, 17 sept. 1982, *R.D.C.*, 1983.641 et s., note G. VANDERBERGHE.

— Prés. Trib. comm. Anvers, 29 mai 1984, inédit, Appel Bruxelles (réf.), 24 juin 1985, *computerrecht*, 1985, n° 7.

(14) *Droit de l'informatique*, 1987.3.180 et s., note B. LEJEUNE.

(15) B. LEJEUNE, note citée.

(16) Il était également poursuivi pour concurrence déloyale, suivant la loi sur les pratiques du commerce. Il fut également condamné de ce chef (Prés. Trib. comm. Bruxelles, 17 septembre 1982, *R.D.C.* 1983, note G. VANDENBERGHE).

(17) *Droit de l'informatique*, 1987.1, p. 55.

(18) Anvers 13 septembre 1984, *Droit de l'informatique*, 1986.2.93. En l'occurrence, le vol des supports n'était acquis que pour une partie des programmes. Il s'agissait également d'un vol d'un ancien employé.

(19) G. VANDENBERGHE, note sous Anvers, 13 septembre 1984, déjà cité; B. DE SCHUTTER, note sous Bruxelles, 5 décembre 1986, déjà cité. *Contra*, en faveur de la qualification de vol, la note de R. VERSTRAETEN citée par l'arrêt et les réflexions de SPREUTELS citées également par l'arrêt.

(20) *Droit de l'informatique*, 1985.6.28, note B. AMORY.

(21) Trib. Comm. Liège, 19 janvier 1984, *Droit de l'informatique*, 1984.2.29, note B. AMORY, X. THUNIS.

(22) Une autre décision du Tribunal civil de Liège du 11 mars 1987 (Jur. Liège, 1987.549 et s.) doit être signalée. Le juge liégeois condamne l'Union professionnelle du Crédit qui diffusait à ses membres la liste des débiteurs défaillants à l'insu de ceux-ci et sans possibilité de contrôle

pour eux des renseignements les concernant. La décision se réfère notamment à l'arrêté royal du 15 avril 1985 « relatif à l'enregistrement de contrats à tempérament » qui crée à la Banque nationale une centrale des crédits à la consommation et qui organise le droit de rectification des données inexactes par la personne physique qui en est victime. Cet arrêté royal n'était pas en vigueur au moment des faits de l'arrêt qui nous concerne mais il est bien évident que son application désormais consacre le principe de libre accès des fichés aux données les concernant contenues dans des fichiers informatiques. La décision de Liège condamne l'Union professionnelle pour les raisons suivantes : « Attendu que la tenue des listes noires secrètes des « mauvais débiteurs » par les institutions bancaires et les organismes de crédit, en dehors de la loi et sans mesure réelle effective garantissant le consommateur de crédit contre un ébranlement de crédit erroné ou disproportionné, viole le droit au respect de la vie privée de chaque individu, fût-il consommateur de crédit, et le droit de chacun de faire trancher un contentieux de crédit par les tribunaux de l'ordre judiciaire, ainsi que de tenir pour vérité la décision judiciaire le déchargeant éventuellement de toute dette envers le créateur ».

(23) J.-P. Namur, 13 janvier 1987, *R.R.D.*, 1987.209, Note Y. POULLET. Nos réflexions reprennent l'essentiel de la note déjà publiée.

(24) Sur ce raisonnement et cette distinction, cf. P. et Y. POULLET, *Applicabilité aux entreprises d'une législation protectrice ds données : l'entreprise, collecteur de données*, in *Banque de données, Entreprises, Vie privée*, Bruxelles, 1980, p. 200, et s. On note que le projet de loi belge, de façon moins claire, reprend également cette même distinction (cf. par ex. art. 22, § 6, sur ces dispositions J. BERLEUR-Y. POULLET, *La protection de la vie privée selon le projet Gol*, J.T., 1983.583 et s.).

(25) Le juge ne distingue pas à cet égard suivant que le traitement des données ait lieu par des moyens automatiques ou manuels. Notons que la Convention du Conseil de l'Europe et le projet belge réglementent les seuls fichiers informatisés qu'ils définissent comme suit : « opérations suivantes effectuées en totalité ou en partie à l'aide de procédés informatisés : enregistrement de données; application à ces données d'opérations logiques et/ou arithmétiques, leur modification, effacement, extraction ou diffusion » (art. 1 Convention). (Sur la signification large des mots, « en totalité ou en partie », J. BERLEUR-Y. POULLET, *Le droit à la vie privée selon le projet Gol*, J.T., 1983, p. 583 et s.).

(26) Cette convention du 17 septembre 1980, signée par la Belgique n'est pas ratifiée par elle, puisque notre pays ne dispose pas de législation reprenant les principes minima de la Convention. La Convention, depuis les cinq ratifications nécessaires (Allemagne, Suède, France, Norvège, Espagne), est entrée en vigueur depuis le 1^{er} octobre 1985 et est donc devenue un élément de droit positif.

(27) Projet de loi relatif à la protection de la vie privée à l'égard des traitements automatisés de données à caractère personnel (Doc. Ch. Repr., 1330 [1984-1985], n° 1). Sur la consécration de ce principe, J. Gol, *La protection de la vie privée face à l'informatique dans le projet belge du 10 novembre 1983 relatif à la protection de certains aspects de la vie privée*, in *Informatique et Droit en Europe*, *U.L.B.*, 1985, p. 375 et s.

(28) Art. 8.

Any person shall be enabled :

a) to establish the existence of an automated personal data file, its main purposes, as well as the identify and habitual residence or principal place of business of the controller of the file;

b) to obtain at reasonable intervals and without excessive delay or expense confirmation of whether personal data relating to him are stored in the automated data file as well as communication to him of such data in an intelligible form;

c) to obtain, as the case may be, rectification or erasure of such data if these have been processed contrary to the provisions of domestic law giving effect to the basic principles set out in articles 5 and 6 of this convention;

d) to have a remedy if a request for confirmation or, as the case may be, communication, rectification or erasure as referred to in paragraphs (b) and (c) of this article is not complied with.

(29) Lignes directrices de l'O.C.D.E. régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel, Recommandation du Conseil du 23 septembre 1980.

L'art numérique
et l'exploration des possibles

Toute forme entière peut être considérée comme une combinaison géométrique d'objets élémentaires, susceptible d'être recomposée par des enchaînements nouveaux. C'est dans l'exploration systématique du champ de ces possibles, à travers séries, variations, permutations que l'artiste place son imagination créatrice.

Et le spectateur découvre qu'en changeant la structure, la forme se modifie, et que les objets élémentaires eux-mêmes changent de qualité, faisant naître des sensations nouvelles.

« Le tout est différent de la simple somme des parties ».
(Théorie de la Gestalt)

N° P 326/117 x 102/1987

