Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur
RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

# Les contrats informatiques

Poullet, Pierre; Poullet, Yves

*Published in:*
Journal des Tribunaux

*Publication date:*
1982

*Document Version*
le PDF de l'éditeur

Link to publication

*Citation for pulished version (HARVARD):*
Poullet, P & Poullet, Y 1982, 'Les contrats informatiques: réflexions sur 10 ans de jurisprudence belge et française (2e partie)', *Journal des Tribunaux*, numéro 5195, pp. 17-26.

**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.

Download date: 03. Jul. 2025

101e ANNEE — N° 5195

NAMUR

9 JANVIER 1982

JOURNAL DES TRIBUNAUX

HEBDOMADAIRE JUDICIAIRE

Edmond Picard 1881-1899
Charles Van Reepinghen 1944-1966
Léon Hennebicq 1900-1940
Jean Dal 1966-1981

EDITEURS :
MAISON FERD. LARCIER S.A.
Rue des Minimes, 39
1000 BRUXELLES

# Les contrats informatiques (*)

## *Réflexions sur 10 ans de jurisprudence belge et française*

TITRE III

### LES OBLIGATIONS DES PARTIES PENDANT LA PERIODE CONTRACTUELLE

26. — Dans un contrat informatique, le fournisseur peut être, avons nous expliqué (134), soit entrepreneur, soit vendeur, soit cumuler les deux qualités. Avant d'aborder les obligations de l'utilisateur, nous distinguerons donc les obligations du fournisseur en tant qu'entrepreneur ou conseiller et celles en tant que vendeur. A ce dernier propos, on rappelera la variété des opérations de vente, elles portent tantôt sur un élément précis : terminaux, mémoires externes, progiciel, etc., tantôt sur un complexe d'éléments : fourniture d'un système informatique, soit par un contrat mixte, soit par un contrat « clé en mains ».

Il est bien évident que le contenu des diverses obligations du vendeur et réciproquement de l'acheteur est différent suivant qu'il s'agisse de vente portant sur un objet complexe ou de vente portant sur un objet simple (135).

#### I. — Les obligations du fournisseur

27. — 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 évoquerons brièvement en outre l'obligation contractuelle de conseil que souscrit soit, éventuellement et en outre, le fournisseur-vendeur, soit, à titre principal, le conseiller.

##### A. — *L'obligation pour le fournisseur de livrer dans le délai convenu un objet conforme à la convention des parties*

28. — 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 convenu.

La doctrine (136) a souvent tiré de cette distinction la conséquence juridique suivante :

— l'obligation de fourniture de l'objet dans le délai convenu est une obligation de résultat;

— l'obligation de livrer une chose conforme à la demande du client est une obligation de moyens.

La décision récente du tribunal de commerce de Bruxelles du 18 février 1980 notamment semble souscrire à cette distinction (137), même si la question de la conformité n'était pas, comme telle, posée.

29. — On connaît l'intérêt de la distinction : « obligation de moyens, obligation de résultat ». Comme le note M. Vandenberghe (138), « s'il s'agit d'une obligation de résultat, celui qui s'était engagé à atteindre le résultat, engagera sa responsabilité si ce résultat n'est pas atteint sauf pour lui à rapporter la preuve qu'il en a été empêché par une cause étrangère (cas fortuit, force majeure, faute de l'autre partie).

» Ce qui ne paraît être qu'une règle relative à la charge de la preuve, crée en réalité une véritable présomption de responsabilité (139).

» S'agit-il au contraire d'une obligation de moyens, la responsabilité du fabricant ne sera engagée qu'en cas de faute établie. L'engagement se limite à "faire de son mieux", la norme étant celle de "l'homme de l'art". Il va de soi que la preuve de la faute n'est pas toujours facile à rapporter, en manière telle qu'en pratique seules les fautes manifestes et caractérisées engagent la responsabilité de celui qui les a commises ».

Cette présentation classique de la nature juridique des obligations du vendeur d'un système informatique doit, selon nous, être rejetée. Non seulement, elle représente un raccourci inutile mais surtout obscurcit l'exacte analyse juridique des différentes prestations qu'entraîne la vente d'un système informatique.

La distinction est inutile. Ainsi, M. Vandenberghe (140) note 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'espèce » (141).

En outre, « l'importance de la distinction entre les deux types d'obligation se justifie essentiellement dans le domaine de la preuve. Mais en pratique », estime Fourgoux (142), « le jugement ou l'arrêt à intervenir retiendra la responsabilité du fournisseur ou la dégagera à partir d'une analyse des faits considérés comme établis sans se

---

(*) Pour le début de la présente étude, voyez *J.T.* du 2 janvier 1982, pages 1 à 9.

(134) *Supra*, n°s 6 et s.

(135) Ainsi, l'obligation de conformité dans la vente d'un système « clé en mains » ne s'appréciera pas de la même façon que dans la vente de disquettes (*infra*, n° 32).

(136) Y. de Lamberterie, « Les techniques contractuelles suscitées par l'informatique », thèse, C.N.R.S., Paris, 1977, p. 107; Ch. de Guardia, « La responsabilité du vendeur et du bailleur d'ordinateurs », *Gaz. Pal.*, 1974, 2, p. 749; J.-C. Fourgoux, « Nature de l'obligation du fournisseur de matériel informatique », *Gaz. Pal.*, 1973, 2, p. 496; nuancé, G. Vandenberghe, « De aansprakelijkheid van de computerconstructeur », *R.W.*, 1978-1979, col. 84; du même auteur, note sous Trib. Comm. Bruxelles, 18 févr. 1980, *J.C.B.*, 1981, p. 234.

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 », *R.T.D.C.*, 1980, p. 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 ».

(137) *J.C.B.*, 1981, p. 230 : « Qu'il y a donc, dans le chef de la demanderesse, une obligation de résultat (livraison du système) sur laquelle se greffe une obligation de moyens ou de diligence (respecter les performances demandées dans le cahier des charges par le client) ». Comp. Trib. Comm. Bruxelles, 2 févr. 1976, *Rev. dr. intell.*, 1976, p. 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 ».

(138) Note citée, *J.C.B.*, 1981, p. 234.

(139) « 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 » (Ch. de Guardia, note citée, *Gaz. Pal.*, 1974, 2, p. 750), la preuve contraire étant « particulièrement difficile », selon l'expression du tribunal de Bruxelles dans sa décision du 2 févr. 1976.

(140) G. Vandenberghe, *op. cit.*, col. 83-84 et 85.

(141) La décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 18 févr. 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°s 21 et 53; J. Hansenne, « De l'engineering à la fourniture de complexes "clés sur porte" », *Travaux de la C.D.V.A.*, Liège, 1964, pp. 52 et 53). A noter, la réflexion de Flamme à ce propos (chron. citée, *J.T.*, 1976, n° 33). « Le moins qu'on puisse dire est que les tribunaux procèdent essentiellement par ... affirmations ».

(142) J.C. Fourgoux, « Nature de l'obligation du fournisseur de matériel informatique », *Gaz. Pal.*, 1973, 2, p. 496.

préoccuper du problème de la charge de "la preuve" ».

Le recours fréquent aux avis d'experts dans la matière des contrats informatiques confirme ce point de vue (143).

La distinction est fausse. Tout vendeur se doit de livrer 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 question essentielle n'est pas celle de la nature de l'obligation de conformité mais bien celle de l'appréciation du contenu de la conformité.

Quand y-a-t-il conformité de l'objet fourni à l'objet du contrat ?

Cette première question en renvoie à d'autres qu'il importe de bien distinguer. 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, soit celle de la présence éventuelle d'un défaut de conseil lors des pourparlers (144), soit celle de l'existence d'une faute dans l'exécution d'une obligation de conseil si l'obligation de conseil relève expressément ou tacitement du contrat (145), soit enfin celle de la découverte d'un vice du consentement dans le chef de l'utilisateur (146).

Mais, dernière éventualité, la chose livrée peut être conforme, aucune erreur, aucun dol, aucun défaut de conseil n'exister et pourtant l'utilisation du système informatique ne point pouvoir répondre à l'attente du client. Le juge se demandera alors si lors de la mise au point du système, le fournisseur n'a pas manqué à son devoir de collaboration (147). C'est là encore une question différente que l'affirmation sans nuance, suivant laquelle « l'obligation du fournisseur d'un système informatique est une obligation de moyens », empêche de distinguer. L'analyse de la jurisprudence à laquelle nous procéderons au terme de l'étude de l'obligation de conformité nous révélera tout l'intérêt de telles distinctions. Ces éclaircissements donnés, analysons les deux obligations celle de livraison d'une part, celle de conformité d'autre part.

a. *L'obligation de livraison au délai convenu.*

**30.** — Si la livraison d'éléments informatiques simples ne soulève aucun problème original (148), on s'interroge par contre sur ce que peut signifier la livraison d'un système informatique !

La Cour de cassation française, le 29 octobre 1968 (149), définit comme suit la livraison : « 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 ».

Dès lors, il nous semble que même en dehors de clauses expresses (150), l'obligation de livraison d'un système informatique doit s'entendre :

— de la mise à disposition dans les locaux de l'utilisateur;
— 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.);
— 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 (151).

Bref, la délivrance doit permettre le contrôle de conformité sur lequel nous reviendrons. Il est donc normal qu'elle s'entende 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 » (art. 1615, C. civ.) (152).

Ainsi, la jurisprudence française exige la livraison de la documentation technique du matériel ou des programmes (manuel de fonctionnement ...) (153). 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 (154) exige même que ces documents soient rédigés en français.

**31.** — La définition du « délai convenu » peut faire problème. Soit le délai est fixé et nul ne conteste alors que la non-livraison au terme prévu ouvre à l'utilisateur le droit de mettre en demeure le fournisseur et ultérieurement le droit de réclamer la résolution du contrat (155). Soit la date de livraison n'est pas fixée ou est donnée de façon purement indicative (156), le délai convenu, doit s'entendre alors d'un « délai raisonnable » (157).

b. *L'obligation de conformité.*

— Le moment de l'appréciation de la conformité et l'obligation de bonne foi de l'utilisateur lors de la mise au point :

**32.** — Dans les ventes de choses simples (à vrai dire, presque toutes les ventes), la conformité s'apprécie lors même de la prise de possession ou immédiatement après (158). Dans de telles hypothèses, l'agréation 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 non sophistiqués. 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 (158*bis*).

L'affirmation peut surprendre (159). La jurisprudence des contrats informatiques invite ce-

---

(143) Beaucoup de décisions font référence à l'avis de l'expert ou renvoient à un expert (ainsi Trib. Comm. Bruxelles, 7 janv. 1980; Trib. Comm. Bruxelles, 18 févr. 1980; Paris, 12 juill. 1972, Flammarion c. I.B.M.). 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 réfection du système, estimer si cette réfection est possible; ...

(144) Cf. *supra*, n° 18.

(145) Cf. *infra*, n° 39.

(146) Cf. *supra*, n° 21 et s.

(147) Cf. *infra*, n° 48.

(148) Pour ces éléments informatiques simples (disques, certains terminaux, bandes magnétiques, etc.), la délivrance s'entend de la simple individualisation de la marchandise dans les installations du fournisseur : l'objet de la vente est, rappelons-le, quérable et non portable (art. 1609, C. civ.).

(149) *Bull. civ.*, 1968, IV, n° 295, p. 264.

(150) De telles clauses sont fréquentes. Ainsi, la clause-type : « Les machines achetées au titre du présent contrat seront installées comme indiqué par (le fournisseur) ... ».

(151) A. Bensoussan, « Les clauses pièges des contrats informatiques », conférence donnée au Centre informatique et droit de Namur, avril 1981 (à paraître).

Comp. Ph. Le Tourneau, « Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels », *R.T.D.C.*, 1980, n° 75, p. 256. Dans la jurisprudence : 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 » (Paris, 23e ch., 12 oct. 1973, Burroughs c. Rosy et Paris, 5e ch., 25 nov. 1974, Prochimar Electr. c. Tekelectronic, cités par de Lamberterie, *op. cit.*, p. 465, note 15).

(152) « La délivrance doit s'entendre de la chose elle-même avec ses accessoires nécessaires et ce qui en permet l'usage normal » (Paris, 3e ch., 10 déc. 1976, Locafrance c. Carlux et Olivetti; Paris, 23e ch., 10 déc. 1976, Olivetti c. Roger Lacco, arrêts inédits cités par Y. de Lamberterie, art. cité, *Rev. jur. comm.*, 1979, p. 465).

(153) La jurisprudence et la doctrine françaises tirent ces précisions 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°s 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, p. 179 et la réf. à l'article de Causin (*R.G.A.R.*, 1977, n° 9772).

(154) Paris, 29 mai 1980, S.I.F. c. Bureau moderne, *Expertises*, 1980, n° 20, p. 15; sur cette obligation en matière de contrats à objet complexe, Ph. Le Tourneau, *J. Cl. comm.*, v° « Ingénierie », « Ventes, commerciales », fasc. 27, n° 53, qui sur ce point se réfère en droit comparé à une loi hollandaise du 31 déc. 1975; comp. chez nous, Hasselt, 14 mai 1969, *R.W.*, 1969, col. 90.

(155) Trib. Comm. Paris, 9 mars 1981, Seproma c. Locabail, *Expertises*, 1981, n° 29, pp. 5 et s.; sur les délais de livraison en matière de contrat informatique, lire A. Bensoussan, « Les délais de livraison », *Expertises*, 1981, n° 30, pp. 12 et 13.

(156) Clause-type : « (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. En raison des risques particuliers dus à l'industrie électronique et informatique (!), les délais sont donnés à titre indicatif mais en aucun cas, un retard ou des livraisons échelonnées ne peuvent donner lieu à pénalités ou dommages et intérêts ».

(157) Paris, 19 déc. 1980, Abadie c. N.C.R., *Expertises*, 1981, n° 27; cf. en outre Trib. Comm. Paris, 8 sept. 1980, Hottin c. Télinfor, *Expertises*, 1980, n° 23 où le matériel commandé n'était pas livré. Comp. la référence aux « usages commerciaux » développée par Paris, 29 oct. 1960, *J.C.P.*, 1961, II, 12210. La jurisprudence belge des contrats informatiques ne s'est pas encore prononcée sur ce point. Il faut cependant noter que « 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 (Comm. Bruxelles, 15 déc. 1970, *J.C.B.*, 1971, p. 184) » (P. Van Ommeslaghe, « Chronique de jurisprudence - Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, n° 34, p. 402). Cf. en outre J. Limpens, *op. cit.*, n° 1884.

(158) Par agréation expresse ou tacite (défaut de protestation). Cette réflexion explique certainement la raison pour laquelle obligations de délivrance et de conformité sont souvent confondues.

(158*bis*) C'est ce qu'affirme de façon très nette, le tribunal de commerce de Bruxelles (7 janv. 1980, *J.C.B.*, 1981, note G. Vandenberghe), l'utilisateur d'un système informatique plaide la non-conformité de l'objet fourni. Le fournisseur lui oppose son acceptation signée de mise en route des programmes. Le tribunal refuse l'argument du fournisseur : « La défenderesse n'est donc pas fondée à voir (dans l'acceptation de mise en route) une acceptation définitive du demandeur attestant que par la livraison qu'elle a effectuée, elle serait quitte de toute obligation ».

(159) S'il est exact que ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont jusqu'à présent explicité ce principe, le lecteur notera cependant l'attendu du tribunal de commerce de Gand du 25 mars 1969 (*J.C.B.*, 1970, p. 35) où le juge note que le seul fait de ne pas avoir protesté au moment où devait avoir lieu l'agréation ne prive pas l'acheteur de son recours du chef des défauts même apparents qu'il lui a été matériellement impossible de constater à ce moment (J. Limpens, « La vente en droit belge », Bruxelles, 1960, n° 446).

pendant à l'énoncer, en particulier deux arrêts importants de la cour d'appel de Paris relatifs à l'acquisition de systèmes informatiques : « 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 (160).

» 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 blamables » (161).

La portée des deux attendus est claire : le premier indique clairement que les difficultés de la période de mise au point, les premiers essais ne permettent pas d'invoquer la garantie des vices cachés (162). Cette période de contrôle de la conformité, comme le note Bensoussan (163), permet la découverte des vices apparents (164). Pendant cette période, le second attendu nous l'apprend, les deux parties doivent se comporter de bonne foi et veiller à permettre ce contrôle de la conformité dans les meilleurs conditions possibles.

L'arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1979 (165) emploie, à propos des obligations réciproques du fournisseur et de l'utilisateur lors de l'installation d'un ordinateur de gestion, l'expression de « dialogue » entre les deux parties et la cour d'appel de Paris notait le 12 juillet 1972 (166) : « 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 ».

**33.** — Ces obligations réciproques du fournisseur et de l'utilisateur se justifient aisément, en dehors même de toute clause expresse (167), par les articles 1134 et 1135 : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Ainsi, note Le Tourneau à propos de la vente de produits dangereux ou sophistiqués, « des instructions doivent être données non seulement au profane mais aussi à l'acheteur professionnel sauf si, par suite de sa qualification, il a ou devait avoir cette connaissance » (168).

Nous reviendrons aux conséquences du devoir de bonne foi mis à charge de l'utilisateur lors du contrôle de conformité (169).

La bonne foi du fournisseur d'un système informatique l'oblige de son côté, à une certaine assistance technique (170) et à certains conseils lors de la mise au point du système et du contrôle de sa conformité. Le principe en est maintes fois rappelé par les jurisprudences belge et française (171).

Quand à l'importance de cette assistance et de ces conseils, elle doit être fonction, nous semble-t-il, non seulement des compétences propres de l'utilisateur et de sa propre obligation de bonne foi mais aussi des exigences spécifiques du système fourni et de son degré de sophistication.

— Les modalités du contrôle de la conformité :

**34.** — La plupart des contrats prévoient en général deux formalités de contrôle de conformité : la réception (ou recette) provisoire et la réception (ou recette) définitive (172). Ce n'est pas le lieu de développer les modalités particulières de ces contrôles (173) mais simplement d'insister à la suite de Bensoussan (174) 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 des contrats d'entreprise et que dès lors les obligations du fournisseur se limiteraient à celles d'un entrepreneur (175), l'exonéreraient dès lors de la garantie des vices cachés. 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 charges » (176). 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 double vérification (177).

— L'appréciation de la conformité :

**35.** — S'il ne fait aucun doute que le défaut de conformité de la chose vendue entraîne rupture du contrat, résolution de la vente, à quoi faut-il se référer pour apprécier la conformité d'un système informatique ? D'emblée, on peut songer à deux critères d'appréciation. La première méthode d'appréciation se référerait exclusivement aux seules spécifications techniques de l'objet du contrat. Le fournisseur est alors dit avoir satisfait à son obligation de conformité si le système livré correspond bien techniquement au système convenu.

La seconde méthode envisage 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, des mouvements de stock, etc.). Le fournisseur manquerait alors à son obligation de conformité s'il ne répondait pas à l'attente précise du client (178). Cette seconde méthode est évidemment bien plus sévère que la première et le fournisseur a tout intérêt à l'écarter. Mais le peut-il ?

De nombreux contrats proposés par les constructeurs ou de façon plus large par les fournisseurs de systèmes informatiques comprennent une clause du 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 » (179). Cette clause vise clairement à écarter toute appréciation de type fonctionnel. Elle voit son efficacité renforcée par la clause dite des « 4 coins » (180) : « Le client reconnaît avoir pris connaissance du présent contrat et de toute annexe y relative (181) 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

---

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

(161) Paris, 3 déc. 1976, *J.C.P.*, 1977, II, 18579.

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

(163) A. Bensoussan, « Les clauses pièges du contrat informatique », conférence citée.

(164) « Ainsi qu'il résulte de la notion même de l'agréation, 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 mode, le lieu et l'époque de la délivrance... ».
« L'agréation 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).

(165) Cass., 8 juin 1979, *Bull. Arr. 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 ledit fournisseur et l'utilisateur. Il ne saurait être fait grief à une cour d'appel d'avoir débouté l'acquéreur d'un tel matériel lorsqu'elle constate qu'un tel dialogue n'a pas existé du fait de cet utilisateur ».

(166) Paris, 12 juill. 1972, *Gaz. Pal.*, 1972, 2, p. 804; cf. aussi Paris, 21 juin 1971, *J.C.P.*, 1972, II, 17318.

(167) Le fournisseur peut bien évidemment souscrire une obligation expresse de conseil lors de la mise en route du système. Nous tomtons alors dans l'hypothèse contrat mixte (*infra*, n° 39).

(168) Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 78; cf. en outre Cass., 22 nov. 1978, *J.C.P.*, 1979, II, 19139; comp. en Belgique, les réflexions de Flamme, chron. citée, n°s 29 et 30.

(169) *Infra*, n° 38.

(170) 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.

(171) Citons : « L'engagement contracté par la défenderesse concerne la mise au point du système, une telle mise au point étant nécessaire pour rendre fonctionnel tout matériel d'informatique » (Trib. Comm. Bruxelles, 18 févr. 1980, *J.C.B.*, 1980, I, p. 377). « L'obligation découlant pour une société bailleresse 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, 21 juin 1971, *J.C.P.*, 1972, II, 17137). « 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 » (Paris, 12 juill. 1972, *Gaz. Pal.*, 1972, 2, p. 804).

(172) Comp. avec les termes choisis en matière de contrats d'entreprise passés avec les organismes publics.

(173) Cf. sur les méthodes de réception, H. Gevaert, « Aankoop van computerconfiguraties », *Entr. et Dr.*, 1979, p. 450.

(174) A. Bensoussan, « Les clauses pièges du contrat informatique », conf. citée.

(175) Cf. à cet égard nos réflexions, *supra*, n° 7.

(176) « 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 "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 » (*supra*, n° 30).

(177) Cf. à cet égard, de façon très nette, l'arrêt cité (*supra*, n° 32) de la cour d'appel de Paris du 8 juin 1976.

(178) « 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 le satisfaire. C'est ce qu'on a 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).

(179) Autres clauses : « Cette clause exclut toute autre garantie expresse ou tacite en ce compris la garantie tacite d'aptitude à exécuter un travail déterminé » - « Le client reconnaît être responsable du choix des programmes en vue d'obtenir les résultats visés, ainsi que de l'installation et de l'utilisation qui en sont faites et des résultats obtenus ».

(180) Autre clause : « La présente convention et l'annexe qui sont signées le même jour comprennent tous les engagements d'une partie vis-à-vis de l'autre. Il est expressément convenu que le courrier, les demandes d'offres à obtenir ou les propositions précédentes relatives aux mêmes machines sont considérés comme inexistants ». Sur cette clause et sa validité, lire H. Gevaert, art. cité, p. 441.

(181) 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 févr. 1980).

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 ?

**36.** — Ces clauses sont *a priori* valables (182) sous réserve d'erreur (183) ou de dol. Elles ne peuvent d'autre part anéantir l'obligation de conseil éventuellement souscrite en outre par le fournisseur-vendeur (184).

En dehors de ces hypothèses, une telle clause, parfaitement claire au demeurant, exclut-elle toute prise en considération des qualités fonctionnelles. C'est une question d'interprétation de la volonté des parties. La doctrine belge (185) estime 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 (186) ou sur les termes et le sens d'autres clauses ou parties de l'acte » (187). A suivre cet enseignement, la clause d'irresponsabilité pour non-conformité fonctionnelle et la clause des 4 coins pourraient être écartées par la preuve de certains faits, telle l'insistance particulière prouvée de l'utilisateur sur telle ou telle caractéristique fonctionnelle du système (188), ainsi, l'importance mise sur la capacité de l'ordinateur à pouvoir gérer les stocks en temps réels; ainsi, la garantie que le fonctionnement du système vendu entraînerait tel coût maximum (189). Dans l'hypothèse d'un contrat « clé en mains », de telles clauses doivent être considérées comme non avenues. Elles sont contraires à l'essence même du contrat par lequel l'utilisateur s'en remet au fournisseur pour la solution à un problème spécifique. Le tribunal de commerce de Bruxelles, le 7 janvier 1980 (190), se prononce en ce sens lorsqu'il affirme : « Attendu que l'obligation essentielle (du vendeur) était de fournir au demandeur une configuration qui apporte une solution adéquate à son problème, à savoir la gestion des ventes, et qui s'insère de manière rationnelle dans son entreprise ».

En dehors de la preuve de tels faits, en dehors de l'hypothèse du contrat « clé en mains », il semble que la jurisprudence française mette à charge du fournisseur d'un système une obligation de conformité fonctionnelle minimale (191) vis-à-vis de l'utilisateur non-initié. Dans l'affaire Paudis contre Logabax (192), il fut jugé que, quoique conforme à la commande (193), le système livré par le fournisseur n'était pas conforme à la convention des parties (194), le système ne permettant même pas d'atteindre une rentabilité supérieure au traitement manuel. Soulignons qu'en l'espèce, le matériel était « anormalement lent » et que Logabax n'ignorait pas l'insuffisance de son offre, ayant progressivement modifié la capacité de l'ordinateur fourni (195).

Il existerait donc, en toute hypothèse, nonobstant les clauses rappelées, une garantie contre le défaut grave de conformité fonctionnelle.

— Sanctions de la non-conformité :

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

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 délivrance » (196). 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, a intérêt à agir rapidement après révélation de la non-conformité (197) et mise en demeure du fournisseur de s'exécuter (198).

Une résolution extra-judiciaire unilatérale de la part du client par application d'un pacte commissoire exprès est soumise à contrôle judiciaire *a posteriori*. Elle se fait aux risques et périls de l'utilisateur (199). Parfois le fabricant, dans l'impossibilité de s'exécuter, accepte le remplacement, c'est-à-dire l'achat chez un tiers soit pour son compte par le client soit directement par lui-même du même produit ou d'un produit semblable (200).

Si la non-conformité n'est pas trop grave, le juge cherchera à sauver le contrat, généralement en imposant une réduction du prix, c'est la réfaction (201).

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.

— Conclusion : l'obligation de conformité au regard d'autres obligations éventuelles du fournisseur :

**38.** — Nos réflexions introductives à l'étude de l'obligation de conformité insistaient sur la

(182) Sur ce point, Ph. Le Tourneau, « Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels », *R.T.D.C.*, 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° 51.

(183) Nos réflexions, *supra*, n° 22. Dans l'affaire jugée par le tribunal de commerce de Bruxelles, le 30 juin 1980, on peut se demander si le véritable problème posé au juge n'était pas celui de la conformité et non pas celui de l'erreur.

(184) Dans le cas d'un contrat jugé mixte. En effet, une telle clause qui aurait pour effet d'anéantir l'objet même de l'obligation de conseil doit être considérée comme nulle (cf. à ce propos, *infra*, n° 51).

(185) Nous nous sommes amplement référés pour l'étude de cette question au magistral exposé de E. Causin, « L'interprétation des contrats en droit belge », *L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, 1978, pp. 281 à 347; cf. en outre du même auteur, « L'interprétation des contrats écrits vue à travers le contrat d'assurance », *Bull. ass.*, 1980, pp. 257 à 315.

(186) Sur les conditions de preuve de relevance et de sens de ces faits extrinsèques, lire E. Causin, *Bull. ass.*, 1980, pp. 274 à 278.

(187) 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 cassation, 1er sept. 1978, *J.T.*, 1978, pp. 465 et s. (en particulier p. 476, n° 29); cf. en outre, Cass., 9 mai 1965, *Pas.*, 1965, I, 806.

(188) Cf. à cet égard, l'affaire Brun c. Olivetti (*Expertises*, n° 24, pp. 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. Bruxelles, 18 févr. 1980, où une clause du contrat demandait le respect des performances réclamées dans le cahier des charges (à cet égard, voy. *infra*, n° 38).

(189) *A contrario*, les attendus de la cour d'appel de Paris du 15 mai 1975 (*U.C.P.*, 4976, 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 remis par l'utilisateur.

(190) Trib. Comm. Bruxelles, 7 janv. 1980, *J.C.B.*, 1981, note G. Vandenberghe. Comp. avec l'affirmation du tribunal de commerce de Paris du 4 mai 1981 (D. & T. c. Memoux, *Expertises*, 1981, n° 31, pp. 13 et s.) selon lequel l'obligation de bonne fin est la caractéristique même d'un contrat « clés en mains ».

(191) Comp. Cass., 22 nov. 1978, *J.C.P.*, 1979, II, 19139, note Viney, qui retient à charge du fabricant « 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... ». En l'occurrence, il s'agissait de la vente d'un produit pesticide inefficace. Le contrat avait clairement stipulé une clause d'irresponsabilité en cas de non-efficacité. Le Tourneau (*op. cit.*, n° 31; voy. aussi M. Alter, thèse citée, n° 119) parle à propos de cette garantie de conformité minimale de garantie contre 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 (aff. Paudis c. Logabax citée, *infra*, même n°).

(192) Paris, 4 mars 1980, *Expertises*, 1980, n° 17. Citons aussi le cas Savie c. Logabax (Paris, 26 juin 1980, *Expertises*, n° 20, pp. 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... ».

(193) La commande n'avait pas mentionné la vitesse de l'imprimante.

(194) « Le juge déduit la commune intention des parties non seulement des bons de commande succincts 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 ».

(195) La proposition d'échange de systèmes n'est pas toujours interprétée comme un aveu de non-conformité. Il peut aussi s'interpréter comme un acte de bonne foi fait par le fournisseur pour sauver le contrat. A cet égard, la position des juges dans les affaires Trib. Comm. Bruxelles, 18 févr. 1980 et Paris, 15 mai 1975 (aff. Soripa c. Logabax).

(196) M. Alter, cité, p. 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 faite jour dans le système de l'auto-lecteur de fiches à pistes magnétisables) ».

(197) Cf. *infra*, n° 48, nos réflexions sur les obligations de l'acheteur.

(198) « 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, art. cité, *R.T.D.C.*, 1980, p. 240 et surtout Paris).

(199) Le juge contrôlera bien évidemment, la bonne foi de l'utilisateur dans l'application du pacte compromissoire exprès.

(200) Ainsi, dans l'affaire Seproma c. Locabail (*Expertises*, n° 29, pp. 5 et s.), le fournisseur avait proposé le remplacement du matériel livré par celui d'un autre constructeur. Dans l'affaire Soripa c. Logabax (*infra*, n° 39), 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 févr. 1980, *infra*, n° 38).

(201) « 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, art. cité, *R.T.D.C.*, 1980, n° 16; M. Alter, *op. cit.*, p. 64; Cass., 23 mars 1971, *D.*, 1971, p. 40, note M. Alter). La jurisprudence belge admet de même largement la réfaction dans « la vente entre commerçants » (Fredericq, *Traité de droit commercial belge*, t. III, n° 43; J. Limpens, *op. cit.*, n° 1939 et réf. y citées).

nécessité de distinguer cette obligation d'autres obligations souscrites par le fournisseur. L'examen de deux décisions confirme le bien-fondé de cette distinction.

La décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 18 février 1980 (202) met en évidence le rapport entre l'obligation de conformité et celle de bonne foi lors de la mise au point. En bref, un vendeur signe l'engagement de « respecter les performances demandées par le client dans le cahier des charges ». Les performances ne sont pas atteintes. Le tribunal de Bruxelles refuse de condamner le fournisseur. Il estime que l'obligation de respecter le cahier des charges est une obligation de moyens (203).

La mission confiée à l'expert par le juge suggère une motivation bien plus adéquate. Sa mission essentielle consiste à 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 charges (204). En d'autres termes, il faut avant tout contrôler la conformité fonctionnelle du système livré. Cette vérification faite, le juge pourra seulement alors estimer la mesure dans laquelle les parties, en particulier l'utilisateur, ont exécuté leur devoir de bonne foi lors de la mise au point du système (205).

**39.** — L'affaire Soripa contre Logabax jugée le 15 mai 1975 par la cour d'appel de Paris (206) illustre l'intérêt de la distinction entre l'obligation contractuelle de conseil et l'obligation de conformité. En l'hypothèse, l'acheteur peu initié contracte avec le fournisseur pour la solution de ses problèmes de facturation. Logabax, après étude des problèmes, propose un système accepté par Soripa, système dont le fonctionnement allait se révéler plus coûteux que prévu par l'utilisateur, Soripa réclame résolution de la vente pour non-conformité de l'appareil aux stipulations contractuelles. La cour d'appel tout comme le tribunal de commerce refusent de suivre une telle argumentation : « 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 s'être immiscée dans les calculs de rentabilité de l'appelante ». Il y avait donc conformité de l'appareil vendu (207).

Le tribunal de commerce, après avoir noté la bonne exécution par le fournisseur-vendeur de ses obligations, s'interroge cette fois sur la bonne exécution des obligations contractuelles de conseil à charge de ce dernier (208) : « 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 approuve cette distinction même si, en l'espèce, elle estime qu'il n'est pas démontré 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) (208*bis*).

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

B. — *L'obligation du fournisseur-conseiller*

**40.** — La jurisprudence des contrats informatiques met à charge du fournisseur-vendeur d'un système informatique suivant les principes des articles 1134, alinéa 3 et 1135, des devoirs accessoires de conseil et d'assistance technique lors de la mise au point. Ces devoirs doivent être distingués du devoir précontractuel évoqué dans le titre I. Ce dernier précédait le choix des machines ou programmes, il était dû par tout fournisseur; les premiers s'entendent en outre de conseils relatifs à la formation du personnel, à la réorganisation d'un service, à l'utilisation de l'appareil aux adaptations d'un logiciel d'application (209). Il arrive cependant souvent que ces devoirs de conseil et d'assistance technique soient l'objet d'une obligation autonome soit dans le cadre d'un contrat qualifié par le juge de « mixte » où le fournisseur cumule les qualités de vendeur et d'entrepreneur (210), soit dans le cadre d'un contrat autonome conclu avec une personne autre que le fournisseur par exemple une société de services et conseils en informatique chargée pour le compte de l'utilisateur de définir le système informatique approprié aux besoins de ce dernier ou de développer un logiciel d'application propre à l'entreprise de l'utilisateur.

Il est évident qu'en cas d'obligation de conseil autonome, l'appréciation par le juge de la responsabilité contractuelle du conseiller sera plus lourde que dans l'hypothèse d'un simple devoir accessoire. Elle suivra les principes suivants.

**41.** — Pour invoquer la responsabilité contractuelle du « conseil », le client établira :

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.

Le critère de la « diligence due » est, comme le note Savatier (211), d'une pragmatique souplesse. 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 (212).

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 rejette toute responsabilité car il a été appelé en cours de discussion lors précisément d'une modification de la commande prévue (213). 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 décisive pour la détermination de la faute. Ainsi, il ne peut y avoir carence du conseil si le client ou plutôt l'expert (214) n'établit pas que le conseil lui était dû dans le champ d'activité où son client lui demandait de la 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 pouvaient 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 (215) à s'informer exactement

(202) *Rev. dr. intell.*, 1976, p. 225 et s., note G. Vandenberghe.

(203) A cet égard, la critique adressée par Vandenberghe (note citée, p. 237) à l'interprétation faite par le juge de la clause. Le juge tire de l'emploi du mot respecter (et non réaliser) la preuve de l'existence d'une simple obligation de moyens.

(204) « Dans l'affirmative, dire si le résultat de ces essais permettait de décider que le système S, en raison de sa mise au 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 ». Même raisonnement dans le jugement du même tribunal en date du 7 janv. 1980.

(205) « 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 ».

(206) Paris, 15 mai 1975, *J.C.P.*, 1976, II, 18265.

(207) « 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) ».

(208) En d'autres termes, le tribunal de commerce estime que le contrat en question est un contrat « mixte » et non un contrat « clé en mains » pur.

(208*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 en 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 ».

(209) Cf. *supra*, n° 33.

(210) Cf. *supra*, notre distinction du contrat « clé en mains », contrat de vente et contrat mixte. Dans le contrat mixte, 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. Il est évident que l'obligation de conseil peut être expresse ou tacite. Sur la déduction judiciaire d'une obligation tacite de conseil, voy. M. Lucas de Leyssac, *op. cit.*, p. 283.

(211) R. Savatier, art. cité, *D.*, 1972, n° 32; Fagnart (« Examen de 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.

(212) Paris, 7 févr. 1980, Prévost c. Scofi, *Expertises*, n° 20, pp. 2 et s.

(213) Il s'agissait du passage d'un traitement en deux temps à un traitement non « conversationnel ». Le constructeur avait recommandé le premier système.

(214) Rappelons le rôle décisif joué par l'expert dans l'ensemble des procès relatifs au contrat informatique.

(215) La doctrine parle d'obligation de moyens (G. Viney, art. cité, *J.C.P.*, 1975, II, p. 2750; R. Savatier, art. cité, *D.*, 1972, p. 137, n° 9, etc.). Dans la jurisprudence même affirmation à propos des contrats de conseil en organisation d'entreprise : Lyon, 23 déc. 1969, *J.C.P.*, 1970, II, p. 16557. La décision en

des éléments de droit et de fait commandant les avis à fournir, puis à y faire exactement application de la technique qu'il représente (216). 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 » (217). « Le conseiller commet une faute professionnelle en proposant un équipement trop puissant et inutilement coûteux aussi bien qu'en proposant un équipement insuffisant » (218). En outre, si la mise en place d'un système informatique comprend toujours une possibilité de choix et certains risques, le conseil, suivant les règles de l'art propre à sa technique (219), 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 (220).

2) *Le dommage et le lien de causalité :*

**42.** — Nous avons déjà insisté sur le fait que le conseil ne supprime pas la liberté de choix dans le chef de l'utilisateur (221). Dans quelle mesure dès lors tenir le conseiller pour responsable de son conseil ou de l'absence de son conseil ? Savatier (222) propose à cet égard la règle suivante : « Plus le sens du conseil et de son objet correspondait à une nécessité pour celui-ci et plus aisément le juge y verra la cause de l'acte ou de l'abstention du client ». Il est dès lors évident que le rapport causal sera bien plus facile à établir si l'obligation de conseil a fait l'objet d'un contrat explicite.

Reste à déterminer le dommage dont le conseil sera responsable. Dans l'affaire citée (223) 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.

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

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 (224).

### C. — *L'obligation de garantir le bon fonctionnement du système*

**43.** — Légalement, l'obligation de garantir le bon fonctionnement du système informatique est sanctionnée par la garantie des vices cachés. Indépendamment de cette garantie légale, les contrats de nombre de fournisseurs contiennent l'offre d'une garantie conventionnelle de fonctionnement. En outre, ces fournisseurs proposent fréquemment un contrat de maintenance. Nous ne pourrons malheureusement dans le cadre de cette étude examiner le régime juridique de ce dernier contrat (225). Nous nous contenterons de quelques réflexions sur la garantie légale et celle conventionnelle.

— La garantie légale des vices cachés :

**44.** — La garantie légale s'applique non seulement au contrat de vente (226). En cas de location d'un système informatique, le bailleur doit également garantie « pour les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage quand même le bailleur ne les auraient pas connus » (art. 1721, C. civ.) (227).

Par contre, nous estimons que la garantie ne peut s'appliquer aux contrats ou obligations d'entreprise (ex. : contrat de conseils, contrats de développement d'un logiciel d'application) même si certains ont parlé de « vente de services » (228).

Dans ces contrats, l'utilisateur ne pourra compter que sur les garanties conventionnelles expressément stipulées dans le contrat.

Ceci dit, quelle est la notion de vices cachés retenue par la jurisprudence et la doctrine ?

— La notion de vice caché :

**45.** — « 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 chose.

Le vice a un caractère qualitatif. Il peut consister en un défaut inhérent à la chose, 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 la destinait » (229). 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 conformité (230), 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 particulière (231) ou de contrats « clé en mains » (232).

En outre, il faut que le vice revête une certaine gravité. Une décision inédite de la cour d'appel de Paris du 21 juin 1974 (233) estime qu'un vice affectant 10 % 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 garantie. Tout ceci explique que l'utilisateur ne puisse se contenter de la garantie et accepte bien souvent de signer un contrat de maintenance prenant effet dès la fin de la période de mise au point (234).

Le vice, quoique existant du moment de la vente, 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 notamment pour but de mettre en évidence les vices apparents. A cet égard, on peut reprocher deux pratiques courantes :

1) celle de faire débuter la garantie des vices cachés à partir de la délivrance, c'est-à-dire dès la mise à disposition du système informatique;
2) 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, frais en principe dus par le fournisseur, et la correction éventuelle de vices apparents.

Secondement, il s'agit de s'entendre sur l'appréciation du caractère occulte. L'acheteur ne

---

l'apparence contraire du tribunal de commerce de Courtrai (15 janv. 1970, *R.W.*, 1969-1970, col. 1487) s'explique par les circonstances particulières du contrat (sur ce point, Simont-de Gavre, chron. citée, *R.C.J.B.*, 1975, p. 333, n° 200; Flamme, chron. citée, *J.T.*, 1976, n° 33).

(216) Paris, 10 juill. 1980, C.H.B. c. Le Boule, *Expertises*, n° 22, p. 8. Le cas est intéressant. Il s'agissait en l'occurrence d'un contrat passé entre un grand constructeur et une petite S.S.G.I. Comp. à propos de la responsabilité d'une agence de renseignements commerciaux pour prise insuffisante d'informations, Lyon, 27 oct. 1971, *J.C.P.*, 1972, II, 17012, note Savatier.

(217) R. Savatier, *op. cit.*, n° 34. Une application intéressante du principe de la mise à jour est faite à propos des conseillers en brevets : B. Van Reepinghen, « Quelques réflexions sur la responsabilité en matière de recherches d'antériorités de marques », *J.T.*, 1974, pp. 40 et s.

(218) Paris, 15 mai 1975, Soripa c. Logabax, *J.C.P.*, 1976, II, 18265 où il s'agissait d'un vendeur-conseiller.

(219) « 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 » (G. Viney, art. cité, *J.C.P.*, 1975, I, 2750, n° 23).

(220) Dans l'affaire Soripa-Logabax, citée note 218, 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 oct. 1971 où le juge note : « (l'agence de renseignements) devait à tout le moins informer son client de son incertitude ».

(221) *Supra*, n° 13.

(222) R. Savatier, art. cité, *D.*, 1972, n° 38; comp. G. Viney, art. cité, *J.C.P.*, 1975, I, 2750, n° 24, *in fine*.

(223) Paris, 7 févr. 1980, Prévost c. Scofi, *Expertises*, n° 20, pp. 2 et s.

(224) 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 soit bien exécuté.

(225) Cf. toutefois *supra*, n° 3, l'analyse d'une décision française selon laquelle le fournisseur ne peut être tenu de proposer un contrat de maintenance.

(226) Ou de leasing (*supra*, n° 4, note 14).

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

(228) R. Savatier, « La vente de services », *D.*, 1971, chron., 223 et s.; en droit belge, la qualification est adoptée par M.-A. et Ph. Flamme, « Le contrat d'entreprise - 10 ans de jurisprudence », *J.T.*, 1976, p. 339.

(229) Cass., 18 nov. 1971, *R.C.J.B.*, 1973, pp. 609 et s., note Ph. Gérard et les nombreuses réf. doctrinales et jurisprudentielles françaises et belges; Cass., 19 juin 1980, *J.T.*, 1981, p. 616. Le rendement insuffisant d'une machine-outil par rapport au rendement annoncé a été considéré comme vice caché (Cass. fr., 20 oct. 1966, *Bull. civ.*, 1966, II, n° 403, p. 354).

(230) Ph. Le Tourneau, art. cité, *R.T.D.C.*, 1980, p. 243, n° 33. 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°s 136 et s.; Ph. Gérard, « Vice de la chose et vente commerciale », note sous Cass., 18 nov. 1971, *R.C.J.B.*, 1973, pp. 619 et 620.

(231) « 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. fr., ch. comm., 15 janv. 1980, *J.C.P.*, 1980, IV, 125) » (Ph. Le Tourneau, art. cité, *R.T.D.C.*, 1980, n° 32).

(232) *Supra*, n° 36.

(233) Paris, 21 juin 1976, I.C.L. c. Interautomation, cité par de Lamberterie, art. cité, *Rev. jur. comm.*, 1979, p. 436.

(234) Pendant une première période, le contrat de maintenance, compte tenu de l'existence de la garantie légale, devrait être moins coûteux.

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 de l'utilisateur lors du contrôle de conformité variera suivant que l'acheteur est un spécialiste ou non (235).

— Exonération et sanction du vice caché :

46. — Le fournisseur d'un système informatique peut-il s'exonérer de la garantie légale ? On connaît le principe jurisprudentiel contesté suivant lequel le vendeur professionnel est censé connaître les vices de la chose (236) et ne peut dès lors stipuler en sa faveur une clause élisive ou limitative de responsabilité (argument tiré de l'art. 1643, C. civ.) (237). Ce principe ne s'applique pas lorsque le contrat est conclu entre « professionnels de la même spécialité » selon la jurisprudence française, entre « personnes ayant une compétence technique comparable », selon la doctrine française (238).

Ce préalable noté, rappelons que la loi oblige l'acheteur à agir « dans un bref délai » (art. 1648, C. civ.). La durée de ce bref délai est laissée à l'appréciation du juge à moins que les parties ne la règlent d'office. Ce délai court à partir du jour de la découverte du vice ou du jour où le vice aurait dû être découvert.

Pour les appareils complexes, on admet que le délai peut être suspendu à l'issue d'une recherche notamment par voie d'expertise ou par des négociations avec le vendeur (239).

(235) Cf. à cet égard, les obligations de vérification et de diligence mises à charge de l'utilisateur, *infra*, n° 48; 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 réf. doctrinales nombreuses). Pour un cas d'application jurisprudentielle, Paris, 12 déc. 1975, *J.C.P.*, 1977, II, 18531. A noter, enfin, qu'en cas de vente d'occasion, la jurisprudence met à charge de l'acheteur un devoir particulier de vigilance.

(236) ... Sauf preuve, ajoutent les jurisprudence et doctrine belges, de l'erreur invincible (Cass., 6 mai 1977, *R.G.A.R.*, 1980, n° 10133; J. Limpens, « La responsabilité du vendeur fabricant en droit belge », *Etudes offertes à A. Jauffret*, Aix-Marseille, 1975, p. 453). Cette limitation en cas de 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.

(237) Ph. Le Tourneau, art. cité, *R.T.D.C.*, 1980, n° 107; M. Ancel, « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », *R.T.D.C.*, 1979, p. 221, n° 26; en droit français, l'art. 2 du décret d'application (24 mars 1978) de la loi du 10 janv. 1978 prohibe lesdites clauses dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels. En droit belge, notamm., Fredericq-Kruithof, « La responsabilité professionnelle du fait des produits », *Rapports belges au X^e congrès de droit comparé*, 1978, pp. 114 et s. On trouvera une application de ce principe en matière de contrats informatiques *in* Exacta Constr. et soc. Wanderer Euromark c. s. à r.l. Dumont et Besson, cour d'appel de Paris, inédit (cité par de Lamberterie, art. cité).

(238) P. Malinvaud, « Pour ou contre la validité des clauses limitatives de la garantie des vices cachés dans la vente », *J.C.P.*, 1978, I, 2753, n° 20; comp. notre discussion à propos de la qualité de consommateur de l'utilisateur d'un système informatique, *supra*, n° 5, en particulier la note 17.

(239) Cf. notamm. Bruxelles, 18 févr. 1975, *R.G.A.R.*, 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, n° 8, notamment par des prises de position fondamentalement différentes et réitérées »; voy. en outre, Horsmans-t'Kint, « La délivrance et la détermination légale des vices cachés dans la vente commerciale », *Ann. Fac. dr. Louvain*, 1977 (lire la décision du 7 oct. 1980 (la

En tout état de cause, le juge refusera une action intentée tardivement et sans récrimination préalable (240).

On admet aussi que le fournisseur subordonne la mise en œuvre de la garantie à certaines conditions. On songe ici à l'obligation de faire entretenir le système de façon régulière, à l'obligation de ne pas développer d'applications non prévues ou à l'obligation de noter les déficiences constatées (241).

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 (242).

L'article 1645 lui permet d'obtenir en outre, contre le vendeur de mauvaise foi, en particulier le fournisseur professionnel qui doit connaître les vices de la chose, des dommages et intérêts.

— La garantie conventionnelle de bon fonctionnement :

47. — Cette garantie est limitée dans le temps (243), elle s'entend du maintien en ordre de marche et du remplacement des pièces défectueuses, exceptionnellement elle permet le remplacement du système (244). La stipulation de cette garantie appelle les remarques suivantes :

s. La jurisprudence française (Cass., 5 juill. 1973, *D.*, 1974, somm. 4; Cass., 18 déc. 1973, *Bull.*, 1973, IV, n° 372) parle d'interruption.

(240) Pour un exemple en matière de contrats informatiques, l'arrêt inédit de la cour d'appel de Paris du 8 juin 1976, soc. Elan c. 3M-France où l'acheteur attendit 3 ans.

(241) Paris, 16 oct. 1976, Compta Carte Inf. c. soc. Burroughs, inédit.

(242) 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.

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

(244) Garantie « service et pièces » proposée par I.B.M. :

« I.B.M. 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 3 mois toute machine de catégorie de garantie B, C ou D.

» Sauf (...) ce service est fourni sans supplément, il comprend :

» — un programme d'entretien préventif établi par I.B.M. 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 pièges sujettes à entretien tel que jugé nécessaire par I.B.M. Les pièces de remplacement sont fournies sur une base d'échange et celles qui sont remplacées deviennent la propriété d'I.B.M. Le service de garantie fourni au titre du présent contrat n'implique pas que le fonctionnement des machines ne subira aucune interruption. I.B.M. 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 I.B.M. seront gérés et installés par I.B.M. sur les machines. Pour autant qu'I.B.M. 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 I.B.M.

» I.B.M. aura plein et libre accès aux machines pour effectuer le service prévu. Le client informera promptement I.B.M. 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 I.B.M. ».

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 3 mois pour les tubes à vide, transistors et autres composants électroniques. L'obligation I.B.M. est limitée à la fourniture, à titre d'échange, de pièce en remplacement de pièces I.B.M. 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'échanges et les pièces remplacées deviennent la propriété d'I.B.M. Aucune prestation de service ne sera fournie au titre de cette garantie de pièces ».

(245) 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.C.*, 1979, 209, 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 ».

(246) Sauf si le vendeur l'a légitimement écartée (en cas de vente entre commerçants spécialistes).

(247) 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, voy. les remarques d'Ancel, *op. cit.*, n^os 26 et s. et celles de Ph. Le Tourneau, « Conformité et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels », *R.T.D.C.*, 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 févr. 1980, *J.T.*, 1981, p. 241 où l'acheteur réclamait le bénéfice de la garantie légale malgré la présence d'une garantie conventionnelle).

(248) Cf. sur les modalités de la livraison, *supra*, n° 28.

1) le délai contractuel de garantie ne signifie pas un délai de prescription mais bien une limitation dans le temps de la garantie (245);
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 matière;
3) dans la mesure où le contenu et la durée de cette garantie ne recouvrent pas le contenu et la durée de la garantie légale, la doctrine admet que l'acquéreur qui ne peut bénéficier de la garantie conventionnelle puisse invoquer la garantie légale (246). Les deux garanties sont dites « complémentaires » (247);
4) dans le cas où le contrat informatique est qualifié de contrat d'entreprise, la garantie conventionnelle peut seule jouer.

## II. — Les obligations de l'utilisateur

### A. — *L'obligation de prendre livraison*

48. — Nous avons parlé de l'obligation de livraison 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'utilisateur (248). 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, il 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, il faut le reconnaître, prévues explicitement par le contrat (249).

### B. — *Le devoir de collaboration*

**49.** — Ce devoir découle directement du principe d'exécution de bonne foi de la convention (art. 1134, al. 3, C. civ.).

Le fournisseur attaqué pour non-conformité, manquement à son devoir de mise au point ou même pour garantie des vices cachés peut exciper du défaut de collaboration de l'utilisateur (250).

Ce devoir 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 développé à de multiples reprises l'obligation à la collaboration de l'utilisateur dans la mise au point des programmes. Rappelons que cette obligation interdit toute dénonciation précipitée du contrat (251). 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 éventuellement (252) 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 système (253).

Relevons à ce propos les attendus significatifs de deux décisions françaises :

La première, la célèbre affaire I.B.M. contre Verdier jugée le 21 juin 1971 par la cour d'appel de Paris (254), où la cour estime que s'il est vrai qu'I.B.M. devait participer par ses conseils et son assistance technique à la réorganisation qui, *in casu*, s'avérait nécessaire au bon déroulement des opérations, il apparaît tout aussi certain que le client a seul le contrôle et la responsabilité 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.

La seconde affaire plus récente, Promill contre Singer date du 24 mai 1977 (255). Elle concernait la mise au point d'un logiciel d'application. Par contrat, Singer s'engageait à installer un système informatique pour l'automatisation des différents travaux de gestions de Promill. Singer promettait en outre, à titre gratuit, l'assistance technique, la réalisation des 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 que ce dernier 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 remis (256).

A ces obligations lors de la mise au point, ne se limitent pas le devoir de collaboration du client. Lors du contrôle de conformité, l'utilisateur a le devoir de vérifier l'absence de défaut (257). Il ne pourra invoquer un vice soi-disant 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 contrat (258).

### C. — *L'obligation de payer le prix*

Il suffira d'attirer l'attention du lecteur sur certaines pratiques des contrats informatiques quant à la fixation et aux modalités de paiement du prix (258*bis*).

Sous réserve des dispositions administratives et réglementaires en la matière (259) notons simplement que les articles 1583 et 1591 du Code civil relatifs à la vente établissent l'obligation de déterminer le prix (260).

L'appréciation de cette obligation est sévère en France, laxiste en Belgique. S'il suffit — 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 pourtant fréquente dans les contrats informatiques : « le prix applicable est celui du tarif en vigueur au jour de la livraison » ne fait aucun doute en France (261). La clause est par contre valable en Belgique à condition qu'on précise le délai de livraison (262).

Dans les locations ou contrats de maintenance, les clauses relatives aux loyers ou redevances d'entretien contiennent fréquemment des formules d'indexation (263). Ces clauses d'indexations

---

(249) Exemple : montage.

« A) Pour chaque montage, les dispositions suivantes seront d'application :

» *a*) le client fournira à temps et à ses frais :

» 1) le personnel auxiliaire tel que les ouvriers et pour autant que nécessaire les maçons, les menuisiers, les ajusteurs et autres hommes de métier en nombre jugé nécessaire par le fournisseur;

» 2) tous les travaux de terrassement, d'exhaussement, de construction et de génie civil, les échafaudages en bois et en métal, en ce compris les matériaux nécessaires;

» 3) les appareils nécessaires pour le montage et la mise en service tels que le matériel de levage, poste de soudure ainsi que le matériel et les matières premières auxiliaires nécessaires ».

(250) ... 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 » (Trib. Comm. Bruxelles, 2 févr. 1976).

(251) Cf. à cet égard l'attendu de la cour d'appel de Paris, étudié *supra*, n° 32; comp. Paris, 29 avril 1980, Honeywell Bull c. Durant, *Expertises*, 1980, n° 19, pp. 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.

(252) De nombreux contrats prévoient à charge du fournisseur une obligation de formation du personnel.

(253) 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 févr. 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 ».

(254) Paris, 21 juin 1971, *J.C.P.*, 1972, II, 17138.

(255) Paris, 24 mai 1977, Promill c. Singer, *Expertises*, 1978, n° 3, p. 5.

(256) L'habitude pour le fournisseur de faire signer au terme de son étude préalable le dossier d'analyse soulève des questions embarrassantes. Si l'agréation 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, ésotérique 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.

(257) Sur cette obligation, voy. Cass., 4 mai 1939, *Pas.*, 1939, I, 224; comp. la notion de bref délai en matière de vice caché.

(258) Cf. en ce sens, Paris, 21 juin 1974, I.C.L. c. Interautomation, arrêt inédit, cité par Y. de Lamberterie, art. cité, *Rev. Jur. comm.*, 1979, p. 466, note 24.

(258*bis*) Nous ne parlerons pas de la question des prix « discriminatoires » longuement évoquée par P. Durand-Barthez, « Les contrats de vente O.E.M. dans l'industrie électronique », *D.P.C.I.*, 1980, pp. 536 et s.

(259) L'arrêté-loi du 22 juill. 1945 et l'arrêté ministériel du 22 déc. 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 informatiques.

(260) En matière de contrats d'entreprise, rien n'est prévu. En principe, le prix doit pouvoir être déterminé en fonction des 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 » (H. Paulus-de Rode, « La détermination du prix dans les contrats en droit belge », *D.P.C.I.*, 1980, pp. 89 et s.).

(261) Cass. fr., ch. comm., 16 mars 1954, *Bull. civ.*, 1954, III, n° 111, p. 82; à cet égard, les développements de B. Mercadal, « La détermination du prix dans les contrats », *D.P.C.I.*, 1979, pp. 443 à 448.

(262) H. Paulus-de Rode, « La détermination du prix dans les contrats en droit belge », *D.P.C.I.*, 1980, pp. 89 et s.

(263) Exemple :

« Formule de révision pour les redevances d'entretien :

$$E = Eo \times (0{,}75 \frac{S(1+C)}{So(1+Co)} + 0{,}25)$$

» Signification des paramètres :

» E = redevance mensuelle revue;

» Eo = redevance mensuelle de base (fixée dans les aperçus des appareils);

» S = barèmes des salaires minimum de référence et du pourcentage des charges

(234) Pendant maintenance, c légale, devrait

sont valables, dans notre pays, pour autant qu'elles « ne s'appliquent qu'à concurrence d'un montant maximal de 80 % du prix final et se réfèrent à des paramètres représentant les coûts réels, chaque paramètre étant uniquement applicable à la partie du prix correspondant au coût qu'il représente » (264).

Les modalités de paiement du prix varient d'un contrat à l'autre. Tous les contrats prévoient le versement d'un acompte et la plupart échelonnent le paiement jusqu'à la mise en route de l'installation (265). Le plus souvent des clauses pénales sanctionnent les retards de paiement (266). Nous renvoyons le lecteur à la nombreuse doctrine belge relative à la validité de ces clauses pénales et au pouvoir du juge de réduire d'office l'indemnité prévue (267).

Ajoutons que l'utilisateur pourra légitimement refuser le paiement du prix au fournisseur (268) lorsque ce dernier manque à ses obligations.

### III. — Remarque finale : Responsabilité contractuelle Clause d'exonération et responsabilité aquilienne

**51.** — 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 (269).

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 acceptation (270).

Certaines limites ont cependant été dégagées par la jurisprudence et la doctrine. Le fournisseur ne peut s'exonérer de son dol (271), le vendeur professionnel, de la garantie des vices cachés lorsqu'il contracte avec un non-spécialiste (272). Enfin et surtout, on refusera les clauses contraires à l'essence même du contrat (273).

Ainsi, il est évident qu'une clause par laquelle une société de conseils prodiguerait des conseils sans aucun engagement de sa part serait nulle.

Une clause d'irresponsabilité pour non-conformité fonctionnelle est contraire à l'essence d'un contrat clé en mains.

En dehors de ces limites, les clauses susdites s'imposent au juge du contrat. Le lésé peut avoir intérêt à mener alors son action sur le terrain de la responsabilité délictuelle. Le peut-il ?

Ainsi, la clause par laquelle l'utilisateur reconnait avoir reçu toute information utile et exonérer le fournisseur de toute conséquence dommageable due à ces informations, décharge, c'est évident, le fournisseur de sa responsabilité contractuelle d'informer. Ne reste-t-il cependant pas tenu d'une obligation 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 (274). La solution belge est à notre avis différente. Rien n'empêche de s'exonérer de sa faute délictuelle (275).

Cette exonération comprend-elle les conséquences des fautes délictuelles précontractuelles ? On est porté à la croire si l'on suit les affirmations de Van Rijn (276) : « 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 ».

Cette dernière remarque nous conduit à une réflexion plus large sur la question délicate du choix ou du cumul entre les responsabilités contractuelle et délictuelle (277). La position française est claire : « La responsabilité délictuelle ne peut régir les rapports contractuels. C'est le principe de non-immixtion ... » (278). La position belge est plus nuancée et on peut, sans entrer dans les controverses suscitées par deux arrêts récents (279), la résumer comme suit : « De la

---

sociales fixé conjointement par le ministère des Travaux publics et Fabrimétal et en vigueur le dernier mois de chaque trimestre et d'application à partir du premier mois du trimestre suivant;

» So (I + Co) = traitements et charges sociales (index Fabrimétal-Brabant) en vigueur au moment de la date mentionnée dans les aperçus des appareils »

(tiré de G. Vandenberghe, « L'ordinateur dans l'entreprise, aspects juridiques », séminaire F.N.D.P., Namur, 1979).

(264) Art. 57, § 2, loi du 30 mars 1976 relative aux mesures de redressement économique.

(265) Exceptionnellement jusqu'au contrôle de la conformité (exemple tiré de G. Vandenberghe, séminaire, Namur, 1979) : « 30 % du prix total du système sont dus et payables dans les 30 jours à partir de la conclusion de la convention entre l'acheteur et I.S. concernant ledit système. Une facture pour ce montant sera établie à la date de la signature de la convention précitée. 50 % du prix total du système sont dus et payables dans les 30 jours à partir de la date de la livraison de l'unité ordinateur du système. Par unité ordinateur il faut entendre tous les éléments du système qui ne sont pas des programmes d'ordinateur. 20 % du prix total du système sont dus et payables dans les 30 jours à partir de la date de l'acceptation de l'unité programme du système ».

(266) Comp. la formule proposée par H. Gevaert, art. cité, *Entr. et Dr.*, 1979, p. 443.

Exemple :

1) « En cas de retard dans le paiement du prix d'achat par le client, le fournisseur se réserve le droit de reprendre possession des machines en tout temps. En cas de retard de paiement, il sera imputé sans mise en demeure préalable des dommages-intérêts de 10 % par an sur les montants non payés. Ces intérêts seront calculés mensuellement à dater de l'échéance. En outre chaque paiement non acquitté dans les 8 jours suivant la mise en demeure par voie de lettre recommandée sera majoré forfaitairement de 10 %, au titre de frais administratifs causés par ce retard dans le paiement. Si le paiement n'a pas eu lieu dans les 8 jours comme spécifié ci-dessus, le fournisseur aura le droit de rompre le contrat par lettre recommandée. Le fournisseur reprendra possession de l'installation ».

2) « En cas de résiliation aux torts de l'utilisateur, il est dû au fournisseur une indemnité forfaitaire égale à 3 mois de facturation calculée sur la moyenne des 3 derniers mois facturés » (cette clause est reprise de l'affaire S.G.S.C. c. Natel, Paris, 17 oct. 1980, *Expertises*, 1980, n° 24, commentée par A. Bensoussan, « Responsabilité d'un façonnier - Limites des clauses pénales », *Expertises*, 1980, n° 25, pp. 9 et s.; cf. en outre, Trib. Comm. Paris, 12 janv. 1981, C.I.I. c. H.B.C. Frigoscandia où le contrat prévoyait le paiement d'intérêts de rigueur en cas de non-paiement dans les délais).

(267) A cet égard, signalons l'article récent de Van Ryn, « Nature et fonctions de la clause pénale », *J.T.*, 1980, pp. 557 et s.

Dans la matière des contrats informatiques pour une clause pénale déclarée inapplicable, lire Paris, 21 janv. 1977, Jouvenel c. Univac, *Expertises*, 1978, n° 8, pp. 8 et s. (la clause pénale sanctionnait la non [illegible] raison de l'ordinateur).

Pour une clause pénale réduite d'office, lire la décision déjà citée de la cour d'appel de Paris du 17 oct. 1980 (la clause pénale sanctionnait le retard de paiement) et les critiques de Bensoussan.

(268) ... Ou au cessionnaire du fournisseur. C'est une forme de l'exception d'inexécution (Cass., 13 sept. 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 352, note M.L. Stengers; P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 662 et s.). L'exception ne peut être invoquée de mauvaise foi, comme c'est le cas lorsque les manquements reprochés sont minimes (Trib. Comm. Bruxelles, 23 mai 1966 et 29 oct. 1968, *Entr. et Dr.*, 1971, p. 69). Les cas d'application dans la jurisprudence des contrats informatiques sont fréquents; ainsi notamment, dans l'affaire B.S.I. c. Olivetti (Paris, 2 avril 1981, *Expertises*, 1981, p. 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.

(269) 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 F. Chamoux, « Clauses d'exonération ou limitatives de responsabilité », *Expertises*, 1981, n° 5, pp. 13 et s.

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

(271) On peut par contre s'exonérer de la faute lourde (Cass., 25 sept. 1959, *Pas.*, 1959, I, 116, concl. proc. gén. Mahaux). Comp. la solution inverse française (B. Starck, chron. citée, *D.*, 1974, n° 35).

(272) *Supra*, n° 46.

(273) 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 (chron. cité, n° 13) : « Il paraît naturel de leur (aux parties) permettre de façonner à leur gré le contenu du contrat dès lors qu'ils ne portent pas atteinte à une obligation essentielle inhérente à la nature même du contre ».

(274) « 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 réf. jurisprudentielles y reprises).

(275) J. Van Ryn, « 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, *J.T.*, 1976, n° 1, C; C. Renard, *op. cit.*, p. 102; etc. En jurisprudence : Bruxelles, 26 nov. 1971, *J.P.A.*, 1972, p. 105.

(276) J. Van Ryn, *Responsabilité aquilienne et contrats*, *op. cit.*, p. 133. 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. A la limite, une clause du contrat pourrait dès lors exonérer le fournisseur de sa responsabilité précontractuelle de renseigner ou d'informer sauf cas de dol.

(277) Sur cette question controversée, outre les écrits déjà cités note 275, lire Dalcq-Glansdorff, « Responsabilité aquilienne et contrats », note sous Cass., 4 juin 1971 et Cass., 7 déc. 1973, *R.C.J.B.*, 1976, pp. 12 et s.; J.H. Herbots, « Quasi-délictuelle aansprakelijkheid en overeenkomsten », *T.P.R.*, 1980, pp. 1055 et s.

(278) Ph. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 2e éd., 1976, n° 346 et les nombreuses réf.

(279) Il s'agit des arrêts de la Cour de cassation des 4 juin 1971 et 7 déc. 1973 commentés par Dalcq et Glansdorff qui y voient des arrêts de principe aboutissant à une solution équivalente à celle française; Van Rijn (*J.T.*, 1975, p. 505), Fagnart (*R.G.A.R.*, 1974,

seule circonstance qu'une convention 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 » (280).

Le choix de l'action en responsabilité est possible dans le seul cas où la faute n'est pas purement contractuelle et le dommage n'est pas purement contractuel (281). 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 (282). En même temps, le contrat conclu avec l'utilisateur impose au constructeur, au moins de façon implicite (art. 1135, C. civ.) 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 (283).

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 l'inexécution du contrat, ainsi les pertes financières dues au mauvais fonctionnement du système informatique; il permet 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.). Par contre, la responsabilité délictuelle exigera la preuve d'une faute de l'auteur du dommage, faute bien souvent présumée en matière d'action contractuelle (284).

### C. — *Conclusion : Originalité du contrat informatique et intérêt de l'étude*

**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 — notre propos le démontre amplement — une application permanente des principes classiques que le Code civil, la doctrine et la jurisprudence nous enseignent ? 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.

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 de concepts classiques du droit civil. 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 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 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 tenu ?

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 attrait 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 l'espoir du jeune Centre informatique et droit de Namur (285).

Pierre et Yves POULLET.

(285) Le Centre informatique et droit de Namur prépare actuellement une étude détaillée des clauses-type des différents contrats informatiques. Cette étude complétera les quelques réflexions générales que suggère la jurisprudence belge et française.

n° 9137), Rasir (*J.T.T.*, 1976, p. 164) et Herbots (*R.W.*, 1973-1974, col. 1597) refusent au contraire d'y voir une « révolution » jurisprudentielle.

(280) Cass., 7 nov. 1969, *Pas.*, 1970, I, 215.

(281) Sur la mise en évidence de ce principe, voy. Herbots, art. cité, *T.P.R.*, 1980, pp. 1083 et s.

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

(282) J.L. Fagnart, « Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile », *J.T.*, 1969, p. 255, n° 12.

(283) Pour un cas d'application, à propos de l'action contre un entrepreneur pour un carrelage mal réalisé, voy. Liège, 8 mars 1973, *Entr. et Dr.*, 1975, pp. 207 et s., note J.L. Fagnart.

(284) Sur l'intérêt de choisir telle ou telle action, voy. les considérations de Fagnart (chron. citée, *J.T.*, 1976, n° 3).

15 avril 1980

LES CODES LARCIER

(5.074 pages à jour au 1er janvier 1981)

- COLLECTION COMPLETE : 15.950 F
- CHAQUE TOME SEPAREMENT :

TOME I - DROIT CIVIL, JUDICIAIRE ET COMMERCIAL 4.100 F
TOME II - DROIT PENAL ..... 4.400 F
TOME III - DROIT SOCIAL ..... 4.180 F
TOME IV - DROIT ECONOMIQUE ET FISCAL ..... 2.330 F
TOME V - DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF ..... 3.750 F
(Prix exceptionnel de souscription de l'édition 1980)

*Pour les étudiants et les jeunes juristes : conditions spéciales*

LA MISE A JOUR 1982 EST SOUS PRESSE
(toutes les matières seront à jour jusqu'au 1er janvier 1982)

Maison Ferdinand LARCIER, s.a.
Rue des Minimes 39
1000 BRUXELLES
Tél. (02) 512 47 12 - (02) 512 96 79
Chèques postaux Bruxelles : 000-0042375-83