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 (1e partie)', *Journal des Tribunaux*, Numéro 5194, p. 1-9.

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: 14. May. 2024

101e ANNEE — N° 5194

JOURNAL DES TRIBUNAUX

2 JANVIER 1982

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

B.U.M.P. NAMUR

Le dernier numéro du Journal des Tribunaux *publié l'an dernier portait la mention : « 96e année ». Le premier numéro de 1982 indique ci-dessus que le* Journal *entre dans sa 101e année.*

Pourquoi ?

Afin de rétablir la vérité historique et de corriger une erreur commise, il y a plus de soixante ans.

Le premier numéro du Journal *a été publié le 15 décembre 1881. Oui, le* Journal des Tribunaux *est donc actuellement centenaire !*

Le 23 juillet 1914, le Journal *était dans sa 33e année lorsque sa publication a été interrompue au début de la guerre; elle a repris le 8 décembre 1918 et le numéro 2740, premier de l'après-guerre, affichait encore que le* Journal *était toujours dans sa 33e année, alors qu'un intervalle de plus de quatre ans le séparait du numéro 2739. Telle est l'origine de l'erreur commise au sujet de l'âge du* Journal des Tribunaux.

La publication du Journal *a encore été interrompue pendant la guerre de 1940, mais sans que la même erreur soit commise, puisque l'on est cette fois passé de la 55e à la 60e année.*

Un centenaire, cela se célèbre.

La disparition de notre regretté rédacteur en chef, Jean Dal, en juin dernier, n'a pas permis d'organiser cette célébration pour le 15 décembre 1981 comme nous l'aurions souhaité.

Nous fêterons cet anniversaire le 12 février 1982 avec deux mois de retard.

A cette occasion, nous publierons un numéro exceptionnel du Journal des Tribunaux. *Ce numéro sera essentiellement tourné vers l'avenir; il couvrira tous les domaines importants du droit et d'éminents juristes ont bien voulu nous apporter leur collaboration pour nous donner le fruit de leurs réflexions dans une perspective d'avenir.*

Nous célébrerons aussi cet anniversaire par une séance académique qui se tiendra le même jour au Palais de justice de Bruxelles et qui sera rehaussée de la présence de Sa Majesté le roi Baudouin.

Au seuil de cette 101e année, nous souhaitons encore longue vie au Journal des Tribunaux. *Son essor dépendra toujours de la collaboration de ses lecteurs. Nous profitons de cette occasion pour offrir à ceux-ci nos meilleurs vœux ainsi que ceux de tout le comité de rédaction.*

Les contrats informatiques

Réflexions sur 10 ans de jurisprudence belge et française (*)

PLAN

INTRODUCTION
L'OPERATION INFORMATIQUE ET LA JURISPRUDENCE

I. — L'opération informatique

A. — *Les éléments*

1. — Matériel, logiciel, progiciel, ...

B. — *Les prestations*

2. — La diversité des prestations.
3. — Contrat unique ou contrat global.

C. — *L'hétérogénéité des parties et leur inégalité*

4. — L'hétérogénéité des parties.
5. — L'utilisateur est-il assimilable à un consommateur ?

D. — *Le contrat informatique : contrat complexe ou complexe de contrats*

6. — La nature des contrats portant sur des prestations informatiques séparées.
7. — La nature des contrats portant sur un ensemble de prestations : contrat de vente ou d'entreprise ? Enjeu de la distinction.
8. — Le contrat global comme contrat mixte.
9. — Le contrat global comme contrat de vente : le contrat « clé en main ».
10. — Tableau final.

II. — La rare jurisprudence

11. — Constatation et tentative d'explication - Les limites de notre propos.

TITRE PREMIER
LA PERIODE PRECONTRACTUELLE

12. — Le principe.

I. — Non-conclusion du contrat

13. — Les différentes hypothèses et leur sanction.

II. — Malformation du contrat

14. — Le principe énoncé par la cour de Paris, le 3 avril 1979.

A. — *L'obligation d'information et de renseignement à charge des deux parties*

a. *L'utilisateur.*

15. — Obligation de définir son problème.
16. — Cahier des charges et experts.

b. *Le fournisseur.*

17. — La double obligation d'information : informer et s'informer.

B. — *L'obligation de conseil et de mise en garde à charge du fournisseur*

18. — L'application aux contrats informatiques - Etude de deux cas célèbres.
19. — Obligation de mise en garde.

C. — *Les différentes sanctions des obligations des parties pendant la période précontractuelle*

20. — Faute précontractuelle et sanctions contractuelle ou délictuelle : différentes hypothèses.

TITRE II
LA CONCLUSION DU CONTRAT INFORMATIQUE ET LES VICES DU CONSENTEMENT

21. — L'intérêt de la théorie des vices de consentement.

I. — L'erreur

22. — Les conditions à la prise en considération de l'erreur.
23. — La sanction.

II. — Le dol

24. — Le dol et la réticence : les cas jurisprudentiels.
25. — Les sanctions contractuelle et précontractuelle du dol.

TITRE III
LES OBLIGATIONS DES PARTIES PENDANT LA PERIODE CONTRACTUELLE

26. — Préliminaire.

I. — Les obligations du fournisseur

27. — Les différentes obligations du fournisseur.

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

28. — Le double contenu de l'obligation de délivrance et la distinction : obligation de résultat, obligation de moyens.
29. — Critique de l'affirmation.

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

30. — Le contenu de l'obligation de livraison.
31. — Le « délai convenu ».

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. — La leçon de deux arrêts de la cour d'appel de Paris.

(*) Ce texte, à jour au 1er septembre 1981, est une version abrégée et modifiée de l'étude proposée pour le séminaire : « Les contrats informatiques » tenu à Namur en février et mars 1981. Nous tenons tout particulièrement à remercier Mme C. Danse, MM. M. Coipel et P. Ullmann des Facultés Notre-Dame de la paix de Namur et M. G. Vandenberghe de la Rijksuniversiteit de Gand pour leurs précieux conseils lors de la rédaction de cet article.

33. — L'obligation du fournisseur de collaborer à la mise au point de système.
— Les modalités de contrôle de la conformité.
34. — Réception provisoire et réception définitive.
— L'appréciation de la conformité.
35. — Spécification technique ou fonctionnelle - Les clauses contractuelles.
36. — Interprétation du contrat et rejet des clauses contractuelles dans certains cas.
— Sanctions de la non-conformité.
37. — Les différentes actions ouvertes.
— Conclusion : l'obligation de conformité au regard d'autres obligations éventuelles du fournisseur.
38. — La décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 18 février 1980.
39. — L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 mai 1975.

B. — *L'obligation du fournisseur conseiller*

40. — L'obligation autonome de conseil.
41. — La faute du conseil.
42. — Le dommage et le lien de causalité.

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

43. — Garantie légale et garantie conventionnelle.
— La garantie légale des vices cachés.
44. — Le domaine de la garantie légale.
45. — La notion de vice caché.
46. — Clauses d'exonération de la garantie - Conditions de mise en œuvre de la garantie - Sanctions.
— La garantie conventionnelle de bon fonctionnement.
47. — Contenu et remarques.

II. — **Les obligations de l'utilisateur**

A. — *L'obligation de prendre livraison*

48. — Contenu.

B. — *Le devoir de collaboration*

49. — Fondement - Description du devoir aux différents stades de l'exécution du contrat.

C. — *L'obligation de payer le prix*

50. — Fixation du prix et modalités de paiement.

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

51. — Limites des clauses d'exonération de responsabilité.
52. — Clauses d'exonération et responsabilité aquilienne.
53. — Responsabilité aquilienne ou contractuelle.

CONCLUSION

54. — Les limites de l'originalité du droit du contrat informatique.
55. — Intérêt de l'étude.

INTRODUCTION

L'OPERATION INFORMATIQUE ET LA JURISPRUDENCE

I. — De l'opération informatique au contrat informatique

A. — *Les éléments*

1. — La difficulté pour le juriste d'aborder le problème des contrats informatiques tient à de nombreux facteurs. On soulignera tout d'abord la question du vocabulaire technique, « barbare » aux yeux du juriste, qui désigne les divers éléments d'un système informatique. On notera ensuite la diversité des prestations qui peuvent composer une opération informatique. On signalera enfin l'éventuelle pluralité des partenaires à la négociation de cette opération.

Commençons donc par définir chacun des éléments d'un système informatique. Ainsi, on distingue (1) :

Le matériel (hardware), ensemble de composants, cartes, connecteurs, etc., c'est-à-dire des éléments physiques qui constituent un ordinateur.

Le logiciel (software), qui désigne l'ensemble des programmes utilisés sur un ordinateur. On peut décomposer le logiciel en logiciel de base et logiciel(s) d'application :

— le logiciel de base (ou système d'exploitation comprend le système d'exploitation (operating system, O.S.) et certains programmes utilitaires (compilateur, assembleur, éditeur, ...). C'est l'ensemble des programmes qui permettent l'utilisation du matériel de l'ordinateur et qui en pratique évitent de devoir opérer manuellement sur la machine proprement dite;

— le logiciel d'application (application software) est l'ensemble des programmes répondant à la demande spécifique du traitement d'une application. Certains de ces logiciels d'application sont standards. On parle alors de « progiciel » (package), c'est-à-dire d'ensemble complet de documenté de programmes fournis par le constructeur de l'ordinateur ou une société de services et exécutant les tâches liées à une ou plusieurs applications. Les progiciels sont conçus pour être fournis à plusieurs utilisateurs ou groupe d'utilisateurs en vue d'une même application ou d'une même fonction.

Il faudrait noter en outre certains accessoires, périphériques ou terminaux (2), mémoires externes (disques, bandes magnétiques, disquettes (3), etc.).

B. — *Les prestations*

2. — A la complexité des éléments informatiques répond la complexité des prestations informatiques. Viney (4) relève à juste titre l'analogie de la complexité de certains contrats informatiques et celle de certains contrats de construction d'installations industrielles complètes. Les prestations sont dans les deux hypothèses de nature semblable et surtout aussi variées. On peut noter dans l'ordre chronologique :

— le travail de conception ou d'étude : quel est le système informatique adapté aux besoins de l'entreprise ? Quel impact, la mise en place du système peut-elle avoir sur l'organisation de l'entreprise ? L'objet de ce travail est proche de celui d'un contrat d'ingénierie (5);

— la fourniture de certains biens, le matériel, les programmes, la documentation, les terminaux et autres accessoires;

— la conception et la réalisation de logiciel d'application propres à l'entreprise;

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

— la formation du personnel de l'entreprise;

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

3. — Ces diverses prestations peuvent être l'objet de contrats différents ou, au contraire, être l'objet d'un contrat unique global. Dans ce dernier cas, l'analogie avec les contrats de construction d'ensembles industriels se poursuit, on parle pour certains de ces contrats globaux de contrats « clef sur porte ». Il y a alors fourniture d'un système informatique complet (6) dont la conception, la réalisation, l'installation et la mise au point reposent sur la seule initiative du fournisseur.

L'hypothèse des contrats séparés est fréquente : elle s'explique par deux raisons :

Les fournisseurs des différentes prestations peuvent ne pas être les mêmes personnes. Tel constructeur livrera matériel et logiciel de base, telle société de services concevra le logiciel d'application adapté aux besoins spécifiques de l'utilisateur, une troisième personne pouvant intervenir pour l'assistance technique.

L'autre raison est juridique, la séparation des contrats (7) présente un intérêt pour le fournisseur. L'annulation d'un contrat n'entraîne pas nécessairement (8) l'annulation d'un autre contrat avec lequel il forme pourtant un tout économique. Un arrêt du 1er octobre 1980 de la cour d'appel de Paris (9) illustre le danger de cette séparation. Une société concessionnaire passe avec un utilisateur un contrat de crédit-bail relatif à un ordinateur. Elle s'engage en outre à exécuter une programmation sur mesure et, par un contrat séparé, à assurer la maintenance de l'ensemble. Cette société perd la concession et, dès lors, est incapable d'assurer la maintenance (10). L'utilisateur forcé de s'équiper avec un autre ordinateur réclame résolution du contrat de leasing. Le juge refuse la résolution. Il condamne certes le fournisseur à des dommages et intérêts contractuels, la proposition de maintenance ayant été un élément déterminant du contrat mais non une condition résolutoire de celui-ci.

---

(1) Toutes les définitions sont tirées du *Lexicon* réalisé par J.P. Adams, « Fun computer science lab-unix system », Namur, 1981. On peut trouver des définitions semblables notamment *in*, J.P. Meinadier, *Structure et fonctionnement des ordinateurs*, Paris, Larousse, 1975.

(2) *Terminal* : type de terminal où le dialogue homme/machine est visualisé sur un écran (éventuellement vidéo); *périphérique* (peripherical) : équipement connexe à l'ordinateur.

(3) *Unité bande magnétique* (magnetic tape driver) : équipement périphérique assurant le transport de la bande magnétique devant les têtes ainsi que les opérations de lecture/écriture sur bande; *unité disque* (disk driver) : équipement périphérique assurant les opérations de lecture/écriture sur le disque magnétique; *unité disquette* (floppy disk driver) : équipement périphérique assurant des opérations de lecture/écriture sur les disquettes magnétiques.

(4) G. Viney, « La responsabilité des entreprises prestataires de conseils », *J.C.P.*, 1975, II, 2750, n° 37. Sur les contrats de construction d'ensemble industriel complet, lire la thèse de Hassler, *Les contrats de construction d'ensembles industriels*, Strasbourg, 1979, pp. 263 et s.; lire aussi, G. Brabant, *Le contrat international de construction*, Bruxelles, p. 198.

(5) Sur les contrats d'ingénierie, lire les articles de Ph. Le Tourneau et notamment « Ingénierie », *Jurisclss. comm.*, annexes, fasc. 26 à 29, 1977; Vercammen-Van den Vonder, « Het engineeringscontract », *T.P.R.*, 1980, p. 831.

(6) Un « système clef sur porte » (turn-key system) comprend « un système complet, c'est-à-dire l'ordinateur, ses périphériques, ses terminaux, son système d'exploitation, et tous les programmes d'applications nécessaires, ainsi que leur documentation, système fourni et maintenu comme un tout cohérent, répondant aux besoins spécifiques d'un utilisateur ».

(7) Les praticiens parlent, à propos de la séparation des contrats portant, d'une part, sur le matériel et logiciel de base, et portant, d'autre part, sur le logiciel d'application, du système de l'« un-bundling ».

(8) Sauf emploi de la théorie de la cause ou de la condition résolutoire (tacite).

(9) Paris, 1er oct. 1980, *Expertises*, 1980, n° 25 pp. 2 et s. et la note fouillée de M. A. Bensoussan, *Expertises*, 1981, n° 26, pp. 7 et s. (*n.d.l.a.* revue française *Expertises* ne publie pas *in extenso* les jugements. Elle assortit la publication d'extraits de commentaires permettant une parfaite compréhension du contexte des arrêts).

(10) Le logiciel avait pu être livré encore qu'avec retard par une société sous-traitante.

C. — *L'hétérogénéité des parties et leur inégalité*

4. — Une opération informatique oppose rarement les seuls constructeur et utilisateur. Il ne suffit pas de noter l'intervention fréquente des concessionnaires et des « original equipment manufacturers » (O.E.M.) (11). Des sociétés de services ou de conseils en informatique (ou en micro-informatique) peuvent aussi, opérer, à côté du fournisseur, soit comme sous-traitants, soit de façon indépendante, par exemple, pour la fourniture d'un logiciel d'application.

L'utilisateur, de son côté, peut ne pas être isolé et s'entourer d'un « maître d'œuvre » (12) agissant pour son compte et coordonnant l'ensemble des contraintes techniques. D'un point de vue financier (13), l'utilisateur s'appuiera sur le crédit offert par une société de leasing qui achètera le système désiré et le louera à l'utilisateur (14).

5. — La jurisprudence française, nous aurons l'occasion de le souligner par la suite (15), a bien souvent souligné le déséquilibre des deux principales parties à une opération informatique : l'utilisateur est présenté comme un néophyte (16) face au fournisseur. Certains arrêts lui accordent une protection égale à celle réservée au consommateur (17). Cette présentation se révèle, à l'heure actuelle, discutable. La plupart des utilisateurs ont déjà eu l'expérience d'un contrat informatique et combien se montrent parfaitement armés dans leur négociation avec le fournisseur (18).

D. — *Le contrat informatique : « contrat complexe ou complexe de contrats »*

6. — Nous avons distingué précédemment (19) deux hypothèses : les contrats portant sur des prestations maintenues distinctes et ceux globaux relatifs à l'ensemble du système informatique. Nous étudierons séparément leur qualification. Analysons la qualification des différents contrats relatifs aux diverses prestations d'une opération informatique :

Le contrat portant sur la fourniture du matériel et du logiciel de base s'analyse bien évidemment comme un contrat de vente si l'acquisition a lieu en propriété, comme un contrat de location voire de leasing si seules la détention et l'utilisation ont été conférées.

La soi-disant « fourniture » d'un logiciel d'application, meuble incorporel, est plus difficile à qualifier. Le constructeur, concessionnaire ou société de conseils ou services appelés à concevoir un programme adapté aux besoins spécifiques d'une entreprise s'engage à une prestation essentiellement intellectuelle. La fourniture de biens matériels : programme, documents nécessaires à la bonne gestion du programme, n'est que l'accessoire de cette prestation principale qui, à notre avis, est de service (20). « L'article 1779, alinéa 3, s'applique aux ouvrages de toute espèce; il n'exclut pas ceux où domine l'élément intellectuel » (21). Il y a donc, selon nous, contrat d'entreprise ou, selon la qualification doctrinale française récente, contrat de conseil (22).

La « fourniture » d'un progiciel, dans la mesure où il s'agit précisément d'un logiciel standard, peut être qualifiée de vente ou location, la prestation de la société informatique n'est plus un service intellectuel et se confond avec la mise à disposition de biens déterminés (programmes, documentation) avec laquelle la valeur du progiciel se confond.

Nous ne pouvons, dans le cadre limité de cette étude (23), envisager la nature et les effets juridiques des contrats de maintenances et d'assistance technique. Il est clair que ces contrats doivent être qualifiés de contrats d'entreprise.

7. — La qualification des contrats complexes est plus difficile (24). Lorsqu'une entreprise informatique, par un contrat global, se charge tout à la fois de la conception, de la fourniture, de l'installation et de la maintenance d'un système informatique adapté aux besoins de l'entreprise, quelle est la nature d'un tel contrat ? S'agit-il d'un contrat d'entreprise ou de vente (location ou leasing) ?

On peut s'étonner de ne trouver ni dans la doctrine (25), ni dans la jurisprudence (26), de réponse claire à cette question délicate dont l'enjeu est d'importance :

1) Si les règles relatives à la responsabilité du vendeur quant à la conformité et aux vices cachés (27) sont relativement précises, il n'en est pas de même pour le contrat d'entreprise, où l'on se réfère volontiers à la responsabilité professionnelle de l'entrepreneur (28).

2) La question délicate de la détermination des prix est traitée plus souplement dans le contrat d'entreprise que dans le contrat de vente (29).

3) La « réception » a une portée différente dans les deux contrats (30). En matière de

---

(11) Les « original equipment manufacturers » s'intéressent à la vente de matériels destinés non à être utilisés ou revendus en l'état, mais à être incorporés dans des systèmes qui seront eux-mêmes vendus aux utilisateurs (P. Durand-Barthez, « Les contrats de vente "O.E.M." dans l'industrie électronique », *D.P.C.I.*, 1980, p. 521). La plupart des contrats O.E.M. sont des contrats « clefs sur porte ».

(12) A propos du « maître d'œuvre », lire C. Laroche-Vidal, « Maître d'œuvre et transfert de responsabilité », *01 Inf.*, mai 1980, pp. 97 et s.; du même auteur, « Choisir un maître d'œuvre », *01 Inf.*, sept. 1980, pp. 81 et s.; dans la jurisprudence, lire l'affaire Prévost c. Scofi, Paris, 7 févr. 1980, *Expertises*, n° 27, pp. 13 et s. où l'utilisateur met en cause la responsabilité du maître d'œuvre choisi par lui.

Nous reviendrons sur la question de l'éventuelle obligation pour l'utilisateur de s'entourer des conseils d'un maître d'œuvre (*infra*, n° 12) et sur la responsabilité de ce dernier (*infra*, n° 32). Le maître d'œuvre que certains comparent à un architecte intervient généralement aux différents stades de l'opération informatique :

a) *première phase :* étude des besoins de l'utilisateur; étude préalable d'opportunité, détermination des objectifs; rédaction des dossiers de spécification fonctionnelle et technique (cahier des charges); choix des solutions.
b) *deuxième phase :* négociation du contrat.
c) *troisième phase :* surveillance du planning de réalisation du contrat. Participation et contrôle des opérations de « réception » technique.

(13) « Il est à remarquer que la société de leasing n'intervient que comme avis sur le plan financier; sa responsabilité ne peut être mise en cause pour les aspects techniques et économiques du choix » (G. Vandenberghe, note sous Trib. Comm. Bruxelles, 7 janv. 1980, *J.C.B.*, 1981, à paraître).

(14) Trois décisions ont soulevé expressément le problème du crédit-bail en cas de rupture du contrat informatique : Hottin c. Télinfor, Trib. Comm. Paris, 8 oct. 1980, *Expertises*, n° 23, pp. 15 et s.; Burroughs c. Letouvet, Paris, 1er nov. 1980, *Expertises*, n° 26, pp. 3 et s.; Trib. Comm. Bruxelles, 7 janv. 1980, *J.C.B.*, 1981, à paraître.

Ces trois décisions consacrent :

1) le droit de l'utilisateur à représenter l'acheteur (la société de leasing) dans l'action contre le fournisseur;
2) la résiliation (ou plutôt l'annulation) du contrat de leasing en cas de résolution ou d'annulation du contrat principal. Le tribunal de commerce de Bruxelles (décision citée) ne l'admet qu'en cas d'erreur excusable dans le chef de l'utilisateur. Sur ces questions et l'affirmation de la connexité objective des contrats de leasing et du contrat principal, contrats dits « groupés » lire D. Skornicki, « Le crédit-bail : une technique achevée ? », *Expertises*, n° 30, pp. 14 et s.

(15) Cf. *infra*, les conséquences que la jurisprudence tire du déséquilibre des deux parties à propos des obligations précontractuelles du fournisseur (n°s 13 et s.) et à propos de la garantie de fonctionnement du système (n°s 34 et s.).

(16) « Attendu que ... le demandeur ne paraît pas avoir été antérieurement initié à la technique de la gestion des ventes par ordinateur; que de toute manière, en raison de la nature spécialisée de la matière, il faut présumer qu'il ne l'était pas » (Trib. Comm. Bruxelles, 7 janv. 1980, *J.C.B.*, 1981, à paraître, note G. Vandenberghe; G. Vandenberghe, « De aansprakelijkheid van de computerconstructeur », *R.W.*, 1978-1979, col. 81).

(17) *En France :* la jurisprudence pouvait trouver un point d'appui dans l'art. 35 de la loi n° 78 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information du consommateur qui crée une commission des clauses abusives appelée à intervenir « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ». Par « non-professionnels » faut-il entendre les « non-professionnels » du secteur et classer ainsi la plupart des utilisateurs du matériel informatique ? La doctrine française ne semble pas l'admettre (à ce sujet les nombreuses réf. reprises par Ph. Malinvaud, « La protection des consommateurs », *D.*, 1981, chron., 50 et s.). *En Belgique :* la notion de consommateur est toujours entendue de façon restrictive : c'est celui qui contracte dans le but de satisfaire des besoins personnels ou familiaux (Th. Bourgoignie, « Réalités et spécificités du droit de la consommation », *J.T.*, 1979, p. 275; Bourgoignie et Domont-Naeri, « Clauses abusives et protection du consommateur », *Ann. dr. Louvain*, 1981, p. 3).

(18) A ce propos le cas jugé par le tribunal de commerce de Bruxelles le 18 févr. 1980 (*Rev. dr. int.*, 1981, pp. 233 et s., note G. Vandenberghe) où l'utilisateur était une grosse entreprise. Plus significatif encore, le cas jugé par Paris, le 10 juill. 1980 où c'était un gros constructeur qui était client d'une petite société de conseils et services.

(19) Cf. *supra*, n° 3.

(20) Nous appliquons ici le critère de la valeur : « Il consiste à comparer le travail par rapport à la matière. Si la valeur du travail est supérieure à la valeur de la matière, il y a entreprise ». Sur ce critère, G. Goubeaux, « La règle de l'accessoire en droit privé », thèse, 1969, n° 150; M.-A. Flamme et J. Lepaffe, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, 1966, n°s 23-33; G. Van Hecke, « De la nature du contrat d'entreprise dans lequel l'entrepreneur fournit la matière », *R.C.J.B.*, 1951, p. 100; pour une application à la « vente des rideaux », Cass., 27 avril 1976, *J.C.P.*, 1977, II, 18635. Cf. cependant la décision de la cour d'appel de Liège étudiée *infra*, notes 36 et 37 qui rejette ce critère.

(21) Cass., 13 oct. 1910, *Pas.*, 1910, I, 443.

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

(23) On se référera pour cette analyse à l'étude proposée par M. Gevaert et publiée pour le même séminaire.

(24) La question de la qualification des contrats informatiques globaux est étudiée de façon plus complète par Y. Poullet et Ph. Ullmann, « La qualification des contrats informatiques », à paraître.

(25) La doctrine raisonne le plus souvent à partir de l'hypothèse implicite du contrat de vente.

(26) La jurisprudence se réfère le plus souvent aux règles du contrat de vente sans avoir au préalable justifié ce rattachement.

(27) Cf. *infra*, n°s 30 et s. : « Le développement de ces règles en matière de contrats de vente d'un système informatique ».

(28) Cf. *infra*, n° 40.

(29) Cf. sur cette question, *infra*, n° 50.

(30) Nous reviendrons plus tard sur la signification ingénieuse que M. Bensoussan donne à ces « réceptions » dans le cadre d'un contrat de vente, [illegible] pour lui d'un contrôle de conformité et non d'[illegible]tion au sens du contrat d'entreprise.

contrats d'entreprise, hormis les cas visés par les articles 1792 et 2270 inapplicables ici, le maître de l'ouvrage, après la réception définitive, devra se contenter des seules garanties conventionnelles (31). L'acheteur, non-spécialiste, pourra invoquer la garantie des vices cachés outre les garanties conventionnelles (32).

4) On évoque aussi l'article 1794 du Code civil qui permet la résiliation unilatérale, par le maître de l'ouvrage, du contrat d'entreprise au prix fait, chose impossible en matière de contrat de vente.

5) Enfin, on mentionne l'intérêt pour le fournisseur de pouvoir se prévaloir du privilège du vendeur d'effets mobiliers.

8. — Les enjeux de la qualification précisés, quelle solution donner à cette question ? Faut-il suivre la dénomination du contrat choisie par les parties et qui se réfère volontiers à la vente (33) ? Nous en doutons (34) ... La qualification de « vente » se heurte à l'adoption de certains termes qui se réfèrent, eux, explicitement au contrat d'entreprise (35).

Si aucun enseignement ne peut être tiré du choix de la dénomination, on en reviendra au critère habituellement présenté : celui de la valeur (36). Le principe est clair : en face de prestations différentes dont les unes se rattachent à la vente, les autres à l'entreprise, il faut distinguer :

— ou bien un type de prestations n'est que l'accessoire économique de l'autre. Dans ce cas, on aboutit à une qualification unique dépendant de la prestation principale. Ce cas se présentera souvent lors de montages de systèmes informatiques simples ou relativement standards où la part de conception, d'adaptation et de maintenance est faible;

— ou bien, les deux types de prestations même non égales sont complémentaires les unes des autres. Dans ce cas, il faut affirmer la dualité des régimes. Il ne peut certes être question de nier l'unité de l'opération mais « une qualification globale (du contrat unique) n'est pas incompatible avec des qualifications partielles » (37). C'est ce que la doctrine appelle l'hypothèse du « contrat mixte » qui, comme le note Flamme (38) « répond à une réalité économique rebelle aux cloisonnements ». Un contrat peut être à la fois d'entreprise et de vente (39). La loi belge du 9 juillet 1971 sur la « vente » d'habitations à construire (40) adopte et consacre cette solution. La doctrine (41) voit dans le contrat de construction d'installations industrielles complètes un contrat mixte, contrat *sui generis* constitué par un « alliage » de diverses obligations.

Ainsi, selon Viney, le fournisseur « du système informatique cumulera par un même contrat les qualités de conseil et de vendeur (ou de bailleur). Cette constatation conduit à accoler à une obligation de garantie définie sur la base des textes relatifs à la vente (ou au bail) et qui porte sur la bonne qualité du matériel, une obligation de conseil relative au choix du type d'appareils et éventuellement une obligation d'assistance non seulement sur le plan technique mais également en ce qui concerne l'adaptation à la situation créée par l'introduction de ce nouveau matériel » (42).

Un contrat portant sur l'acquisition d'un système informatique serait donc un contrat mixte où les régimes juridiques propres à chaque qualification partielle loin de se confondre garderaient leur spécificité. Il est alors permis de concevoir une application distributive de la responsabilité suivant les régimes en fonction de l'origine du vice (43). Ce point est décisif pour la bonne compréhension de nombre de jugements en matière de contrats informatiques (44).

9. — Après avoir noté que la plupart des contrats informatiques globaux sont « mixtes » Viney aborde la question de la qualification des contrats informatiques « clé en mains ». Le contrat « clé en mains » se caractérise, nous l'avons dit, par l'absence d'initiative dans le chef de l'utilisateur. Ce dernier a fait pleine confiance au fournisseur. Il ne s'est pas réservé le droit d'agréer la solution proposée par le fournisseur quant à la réorganisation de son entreprise. Il ne dispose pas du personnel qualifié qui, conjointement, avec le fournisseur veillera à la mise au point du système informatique.

Dans de telles hypothèses, selon Viney le critère psychologique, la volonté de l'utilisateur, l'emporte et permet de négliger le critère de la valeur : « le contrat de vente », écrit-elle (45), « prend alors une telle importance qu'il en vient à masquer complètement le contrat de conseil ».

« Que la fourniture procède de la vente plutôt que du louage d'ouvrage s'explique par le fait que les parties, au moment de la conclusion du contrat, ont pensé au but et non pas aux moyens. Envisager les moyens, c'est tenir compte de la façon de fabriquer, de la manière de travailler. C'est faire référence au contrat de louage d'ouvrage. Penser au but, c'est n'attacher de l'importance qu'à la machine qui, une fois fabriquée, permettra de produire dans les conditions qui ont été prévues; ici les moyens sont différents seule la matière compte, car c'est elle qui est la cause du contrat » (46).

Le contrat informatique « clé en mains » doit donc être qualifié de vente. Les prestations de service ne sont pas envisagées en tant que telles comme dans le contrat informatique mixte.

---

(31) Sur l'inapplicabilité par analogie au contrat d'entreprise des règles sur le contrat de vente, lire les attendus de la cour d'appel de Bruxelles, 6 oct. 1973, *J.T.*, 1974, p. 43, avec la note d'approbation de P. Rigaux; Bruxelles, 16 oct. 1973, inédit (cité par Flamme, « Chronique de jurisprudence - Le contrat d'entreprise », *J.T.*, 1976, n° 64). Cf. aussi Simont-de Gavre, « Les contrats spéciaux - Chronique de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1977; en droit français, B. Soinne, note sous Cass., 7 mars 1968, *D.*, 1970, 27 et du même auteur, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux*, L.G.D.J., Paris, 1969, p. 384.

(32) Sur ce cumul, voy. *infra*, n° 47.

(33) Encore que certains contrats globaux proposés à la clientèle soit ne soient pas dénommés, soit soient appelés « contrats de services ».

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

(35) Nous avons noté l'emploi dans les contrats informatiques des termes de « réception provisoire » et de « réception définitive » tirés des contrats d'entreprise « marchés publics ».

(36) Sur ce critère, les références reprises *supra*, note 20. Ce critère est explicitement rejeté par la cour d'appel de Liège dans un arrêt récent du 18 déc. 1980 (*J.C.B.*, 1981, I, 381) où la qualification d'entreprise est retenue alors que la fourniture représentait 70,5 % du prix et la main-d'œuvre 29,5 % : « Les parties ont conclu un con[illegible] d'entreprise lorsque le contrat porte sur la four[illegible] le placement d'un objet ne possédant pas les [illegible]ques de la grande série. Le privilège du ve[illegible] mobiliers est dès lors inapplicable ».

(37) Th. Hassler, *op. cit.*, n° 265, à propos du problème semblable en matière de contrats de construction d'installations industrielles complètes. L'arrêt de Liège cité note 36 refuse d'envisager la question de la qualification mixte en affirmant simplement que l'existence d'une « facture établie en un seul document confirme qu'il n'y ait eu qu'une seule opération ».

(38) M.-A. et P. Flamme, « Le contrat d'entreprise - Chronique de jurisprudence », *J.T.*, 1976, n° 64, *in fine*. En faveur de cette qualification « contrat mixte » déjà Planiol et Ripert, *Droit civil français*, t. XI, n° 912; Hassler (*op. cit.*, n° 247) relève à regret, une seule décision jurisprudentielle récente en ce sens. Il s'agissait d'une entreprise mobilière avec fourniture de matière (Cass., 23 janv. 1978, *J.C.P.*, 1978, IV, 103).

(39) La décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 25 septembre 1972 (*J.C.B.*., 1973, p. 263) considère que l'établissement de plans, la livraison et le placement d'appareils d'épuration d'eaux dans une clinique est un contrat mixte (cf. aussi Cass., 19 juin 1980, *J.T.*, 1980, p. 616).

(40) « Les conventions visées à l'article 1[er] sont régies par les dispositions du Code civil relatives à la vente ou au louage d'ouvrage et d'industrie par suite de devis ou de marché, sous réserve des dérogations prévues par la présente loi » (art. 3 de la loi; cf. aussi les art. 5 et 6).

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

(42) G. Viney, « La responsabilité des entreprises prestataires de conseil », *J.C.P.*, 1975, II, 2750, n° 37.

(43) Le principe est dégagé par J.F. Artz, *L'entreprise mobilière avec fourniture de matière*, Montpellier, 1972, pp. 265 et s. Il est appliqué au contrat de construction d'installations industrielles complètes par J. Hansenne, « De l'engineering à la fournitures de complexes clé sur porte », *in Les contrats d'engineering*, C.D.V.A., Liège, 1964, pp. 44-47 et J. Hassler, *op. cit.*, n[os] 302 et s. En jurisprudence, Cass. fr., 24 juin 1975, *D.*, 1976, 193, note J. Schmidt; Cass. fr., 16 mars 1977, *J.C.P.*, 1978, II, 18913, note Hassler. Cette dernière décision est intéressante. Il s'agissait de la conception, fourniture et installation d'u[illegible]rbo-alternateur. La Cour de cassation française criti[illegible] cour d'appel d'avoir insuffisamment précisé le rattachement des malfaçons au régime du contrat d'entreprise même si le contrat global reste qualifié de contrat de vente. De même, on note une certaine tendance à étendre aux contrats d'entreprise de construction la garantie de vices cachés en y voyant un contrat mixte (Trib. Comm. Bruxelles, 25 sept. 1972, *J.C.B.*, 1973, p. 263).

(44) Cf. *infra*, n° 39, notre application à une décision de la cour d'appel de Paris.

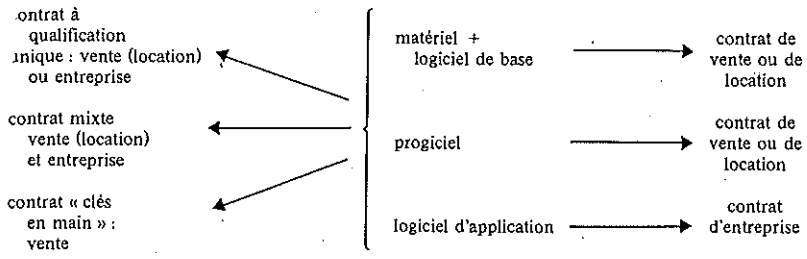
(45) G. Viney, « La responsabilité des entreprises prestataires de conseils », *J.C.P.*, 1975, I, 2750, n° 39.

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

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

(46) Th. Hassler, *op. cit.*, n° 250. Le principe a été dégagé par M. Goubeaux dans sa remarquable thèse, « La règle de l'accessoire en droit privé », Paris, 1969, n° 152, 3. Certains pourraient critiquer cette référence exclusive de Viney à l'intention des parties. On peut cependant se demander s'il n'est pas possible d'arriver au même résultat par l'emploi de la distinction faite *supra*, n° 8, entre prestation « accessoire » (non détachable) et prestation « complémentaire » (détachable). Dans le contrat informatique « clé en mains », la prestation de services est indétachable de la fourniture demandée. Ce que l'on veut, c'est un système informatique permettant tel résultat. On achète le produit, le service n'étant que l'accessoire. Nous aurons l'occasion (*infra*, n[os] 29, 38 et 39) de décrire la conséquence de cette affirmation à propos de l'appréciation de la conformité.

9. — Résumons l'essentiel de nos propositions relatives à la qualification d'un contrat informatique.



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

II. — La rare jurisprudence

11. — Une enquête belge (47) révèle que 40 % des utilisateurs ont des difficultés lors de l'exécution de contrats informatiques : insuffisance de la capacité du matériel, non-respect des délais de livraison, défaillances du logiciel et manque de formation du personnel en sont les principales raisons.

On connaît la pauvreté de la jurisprudence belge. Trois décisions ont été publiées (48). Même si la jurisprudence française est plus étoffée (49), il n'en reste pas moins vrai que bien peu de litiges relatifs aux contrats informatiques débouchent sur une procédure judiciaire. L'explication en a fréquemment été avancée. Nous nous contentons de la résumer dans la mesure où elle permet de préciser les limites étroites de notre propos.

En effet, à la complexité de l'opération informatique et à l'ignorance fréquente chez les utilisateurs de leurs droits et possibilités de défense (50), il faut surtout ajouter que le recours judiciaire comme technique de solution des litiges informatiques présente de nombreux inconvénients et que les parties lui préfèrent dès lors l'arbitrage, mieux encore la négociation directe (51).

C'est que le choix du recours judiciaire implique l'échec de l'opération informatique. Les parties estiment que le dialogue n'est plus possible (52) et s'en remettent à la prudence du juge. Bien souvent l'utilisateur a déjà acquis un autre outil informatique, outil qui représente pour son entreprise la condition même de sa survie économique.

Les limites de la jurisprudence précisées, nous pouvons entamer l'examen des différentes obligations consacrées par cette jurisprudence à charge des parties, tant pendant la période précontractuelle de négociation du contrat que pendant celle de son exécution.

TITRE PREMIER
LA PERIODE PRECONTRACTUELLE

12. — L'accord contractuel dans la négociation d'une opération d'information est souvent le résultat d'une lente préparation. Cette préparation prend la forme de simples pourparlers mais peut aussi se préciser en lettres d'intention, offres de vente voire en accords, étapes à travers lesquelles se voient progressivement fixés les éléments constitutifs du contrat (53).

S'il est vrai que les parties restent libres de contracter, elles peuvent cependant engager leurs responsabilités sur base d'un comportement fautif qui entraîne soit la non-conclusion du contrat, soit sa malformation.

Nous aborderons successivement ces deux questions.

I. — Non-conclusion du contrat

13. — Elle résultera le plus souvent d'une rupture des pourparlers, plus rarement d'un retrait de l'offre, exceptionnellement, de la violation d'un accord de principe. Nous nous contenterons sur tous ces points qui ont fait l'objet de longs développements doctrinaux récents (54) de quelques réflexions propres aux contrats informatiques (55).

La responsabilité délictuelle d'une partie au contrat informatique ne peut être soulevée lors de la rupture des pourparlers que dans la mesure où, premièrement, cette dernière a agi de mauvaise foi au cours de la négociation (56) et où, secondement, les dommages prétendus sont en relation causale directe avec la faute ainsi relevée.

Ainsi il n'y a faute que s'il y a création consciente ou par négligence d'une fausse apparence de nature à tromper la légitime confiance de l'autre partie. Commet certes une faute le fournisseur qui n'entamerait des négociations avec un utilisateur que pour éliminer des concurrents (57). Mais y-a-t-il pour autant dommage et lien de causalité ? A cet égard, on signalera :

— les frais (devis, projets, déplacements, etc.) exposés par les parties le sont à leurs risques et périls. Ils devaient être prévus et englobés dans les frais généraux (58);

— l'utilisateur ne peut se prévaloir de la perte d'une chance de conclure avec d'autres fournisseurs sauf s'il peut prouver qu'il bénéficiait ailleurs d'une offre ferme dont il a été détourné par la publicité prometteuse du fournisseur, auteur de la rupture;

— l'utilisateur ne pourra se prévaloir de dommages résultant de l'impossibilité d'exécuter un contrat conclu avec un tiers (59). L'utilisateur ne devait-il pas se prémunir du risque de rupture en assortissant le contrat avec le tiers d'une condition suspensive ? Il a agi avec légèreté;

— enfin, il ne pourra exciper de la perte de bénéfices escomptés du futur contrat. Comment en effet fixer la teneur d'un contrat que les parties pouvaient encore rompre pour de justes motifs (60) ?

---

(47) Les litiges relatifs aux contrats informatiques, enquête réalisée par le S.P.S.O. (R.U.G.-Gent) et dont les résultats sont analysés *in Expertises*, 1981, n° 30.

(48) Trib. Comm. Bruxelles, 2 févr. 1976, *Rev. dr. intell.*, 1976, pp. 365 et s.; Trib. Comm. Bruxelles, 18 févr. 1980, *J.C.B.*, 1980, I, pp. 377 et s.; *R.G.A.R.*, 1980, 10274; *Rev. dr. intell.*, 1981, pp. 233 et s., note G. Vandenberghe; Trib. Comm. Bruxelles, 7 janv. 1980, *J.C.B.*, 1981, note G. Vandenberghe; Trib. Comm. Bruxelles, 30 juin 1980, inédit, à paraître dont appel.

(49) Dans son n° 28 (mars 1981), la revue *Expertises* mentionnait la publication dans ses colonnes de 22 décisions s'échelonnant du 24 mai 1977 au 19 déc. 1980. La plupart émanent de la cour d'appel de Paris qui s'est par ailleurs dotée d'une chambre spécialisée en la matière.

(50) L'enquête déjà citée révèle en effet :

1) qu'en règle générale, l'utilisateur signe le contrat type du fournisseur d'ordinateur sans le discuter ou du moins sans obtenir de modifications majeures;

2) en général qu'un utilisateur sur trois, seulement, recourt aux services d'un juriste, qu'en particulier un sur dix à un juriste extérieur à l'entreprise. Pour l'utilisateur, on ne peut que conseiller la lecture d'ouvrages tels : Inforep, *Guide pour servir à la négociation d'un contrat d'équipements informatiques dans le cas d'un système informatique réparti*, Paris, mai 1979, n°s 5 et 6, et surtout D. Deschoolmeester et G. Vandenberghe, *De keuze van een computer*, Kluwer, Deventer, 1981.

(51) Sur les avantages et inconvénients comparés des trois méthodes : recours judiciaire, arbitrage et négociation, lire G. Vandenberghe, « Le traitement des conflits en matière d'informatique », *in* « L'ordinateur dans l'entreprise, aspects juridiques », séminaire, Namur, 1979.

(52) Cette constatation explique que dans la plupart des décisions, l'utilisateur en cause est une petite ou moyenne entreprise. La grosse entreprise de par le marché qu'elle offre au fournisseur, trouvera bien souvent des arguments à la continuation de la négociation et à la transaction.

(53) La complexité de la négociation de l'opération informatique rappelle la complexité de la négociation de certains contrats internationaux. Ceci justifie sans nul doute qu'on renvoie à ce propos aux enseignements doctrinaux dégagés à propos de la négociation de ces contrats internationaux (cf. à ce sujet, M. Fontaine, « Les lettres d'intention », *D.P.C.I.*, 1977, pp. 83 et s.).

(54) En particulier, Y. Schoentjes-Merchiers, « Propositions, pourparlers et offres de vente », note sous Cass., 23 sept. 1969, *R.C.J.B.*, 1971, pp. 224 et s.; M. Vanwyck-Alexandre, « La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats », *Ann. Fac. dr. Liège*, 1980, pp. 1 et s.; en droit français, J. Schmidt, « La faute précontractuelle » *R.T.D.C.*, 1974, pp. 53 et s.

(55) A cet égard, nos développement *in* le syllabus paru pour le séminaire « Les contrats informatiques », Namur, 1981, n°s 6 à 12.

(56) Le principe de bonne foi affirmé par l'art. 1134 du C. civ. s'étend à la période de formation du contrat (cf. sur cette affirmation notamm. A. de Bersaques, « L'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.*, 1969, pp. 496 et s.; du même auteur, « La lésion qualifiée et sa sanction », note sous Trib. Comm. Bruxelles, 20 févr. 1970, *R.C.J.B.*, 1977, p. 29, n° 24 et les réf. y reprises).

(57) Par contre, n'est pas fautive la rupture des pourparlers par l'utilisateur justifiée par la perspective d'un autre contrat plus avantageux financièrement.

(58) Notons que lorsque des études préalables coûteuses sont nécessaires, les parties prévoient le remboursement des frais afférents à cette étude si le contrat n'aboutit pas (à cet égard, les lettres d'intention étudiées par Fontaine, *op. cit.*, *D.P.C.I.*, 1977, pp. 97 et s., n°s 21 et s.). En outre, le principe de bonne foi à la formation du contrat exige que chaque partie fasse preuve de prudence.

(59) Exemple : l'utilisateur avait fait appel à une société de services pour effectuer certaines des opérations de contrôle qui auraient été nécessaires lors de la mise en service de l'outil informatique.

(60) Sur ces différents points, le lecteur se référera aux développements de Schoentjes-Merchiers (art. cité, *R.C.J.B.*, 1971, pp. 225 et s.) et surtout de Vanwijck-Alexandre (art. cité, *Ann. Fac. dr. Liège*, 1980, pp. 22 et s.).

L'offre suppose, nous dit la Cour de cassation belge (61), l'émission définitive d'une des volontés en présence, volonté qui ne doit plus qu'être acceptée par l'autre pour que le contrat soit formé. « Cela ne veut pas dire qu'elle doivent nécessairement se présenter sous la forme d'un projet complet de contrat. Il suffit, mais il est indispensable qu'elle fixe les éléments essentiels du contrat proposé » (62). Ainsi, il faut et suffit pour un contrat de fournitures, que les éléments prix et objet soient fixés. On peut dès lors penser que certaines publicités en matière de vente (ou location) de matériel ou de progiciels sont des offres réelles. Par contre, pour des offres de contrats relatifs à la conception de logiciels, on peut se demander si l'élément « objet » est suffisamment précisé (63).

II. — La malformation du contrat

14. — Certains comportements des parties, certaines erreurs de conduite, commis pendant la période des pourparlers n'aboutissent pas à la rupture des pourparlers ni de façon plus générale à la non-conclusion du contrat. Bien au contraire, les conséquences de ces comportements ou erreurs ne se manifestent qu'après la conclusion du contrat : les parties ou l'une des parties de par ces comportements ou erreurs ont mal déterminé les prestations informatiques, objet du contrat (64).

Les jurisprudences française et belge ont mis en évidence les devoirs et obligations que se doivent mutuellement les parties engagées dans la négociation d'une opération informatique. Elle les a déduits de l'obligation générale de bonne foi et de prudence déjà évoquée à propos de la non-conclusion du contrat.

En bref, la jurisprudence met à charge :

— des deux parties, une obligation d'information ou de renseignement;

— du seul fournisseur, une obligation de conseil.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 3 avril 1979 (65) traduit remarquablement cet équilibre des devoirs mis à charge des deux parties : « Il appartenait à l'utilisateur, qui ne pouvait ignorer les difficultés inhérentes à l'adoption de procédés informatiques, de définir ses besoins et les objectifs à atteindre en précisant clairement la nature et l'importance des travaux qu'il souhaitait voir mécaniser, au besoin en ayant recours à un conseil spécialisé qui aurait su traduire dans un langage approprié les opérations à traiter.

» Il appartenait pour sa part au constructeur, surtout en l'absence de tout conseil spécialisé, d'aider le client à exprimer ses besoins, de les interpréter et de procéder à une étude approfondie qui lui aurait permis, compte tenu de la clientèle manifestement importante de l'utilisateur, de recenser les "applications" et de proposer un matériel et les méthodes de traitement adaptés; qu'il lui revenait également, sinon d'imposer, du moins de conseiller à l'utilisateur de s'adjoindre les services d'un personnel plus important de façon à assurer tout à la fois le maintien de l'ancienne gestion comptable et le transfert des activités sur les procédés informatiques ».

Décrivons et explicitons chacune de ces obligations.

A. — *L'obligation d'information et de renseignements à charge des deux parties*

a. *L'utilisateur.*

15. — L'utilisateur a pour tâche principale de bien définir son problème. La cour d'appel de Paris dans la décision rappelée du 3 avril 1979 exprime clairement ce principe. « Il n'appartient pas au fournisseur », notait déjà en 1971 le tribunal de commerce de Paris (66), « de se substituer à la direction de l'utilisateur dans son rôle de commandement et d'organisation ».

L'affaire récente Brun contre Olivetti (67) illustre les conséquences de cette obligation. Il s'agissait en l'occurrence de la modernisation d'une gestion de comptabilité. Suite à une mauvaise estimation des volumes à traiter, la société Brun était obligée d'utiliser le matériel fourni 14 h par jour au lieu des 9 h prévues. L'avant-projet de cahier des charges avait été élaboré par le fournisseur mais accepté par l'utilisateur, aidé d'une société de conseil.

La cour d'appel a estimé que l'utilisateur avait l'obligation de formuler en termes explicites les caractéristiques de l'installation souhaitée et dès lors qu'elle aurait dû apporter au cahier des charges les modifications utiles au respect des performances envisagées.

16. — Doit-on déduire de cette obligation faite à l'utilisateur de définir son problème, l'obligation pour lui de dresser un cahier de charges ou du moins de se faire assister par un expert (une société de conseils) (68) ?

La jurisprudence française semble avoir été plus nuancée.

Il n'existe pas d'obligation pour l'utilisateur de rédiger un cahier des charges (69). L'utilisateur, selon la cour d'appel de Paris (70), ne pourra cependant s'en prendre qu'à lui-même de ne pas en avoir exigé la rédaction (71). Il a en outre le devoir d'évaluer les propositions figurant dans le cahier des charges proposé éventuellement par le fournisseur.

Si l'utilisateur établit un cahier des charges, il a le devoir de procéder à une bonne évaluation de ses besoins. Le fournisseur ne peut être tenu responsable d'une mauvaise analyse faite par l'utilisateur (73).

En ce qui concerne le devoir de recourir à un expert, la déclaration citée de la cour d'appel de Paris du 3 avril 1979 (74) n'en fait pas une obligation. Il semble cependant que la jurisprudence se montre plus hésitante à propos de certains contrats relatifs à des logiciels d'application où elle semble tirer de l'obligation pour l'utilisateur de définir ce qu'il veut, la nécessité de se faire conseiller (75).

En toute hypothèse, l'utilisateur doit s'informer dans la mesure de ses possibilités (76). La décision inédite du tribunal de commerce de Bruxelles du 30 juin 1980 le rappelle : « Il ne se conçoit pas qu'un commerçant avisé, pour qui la gestion des stocks est essentielle et déterminante pour l'achat d'un ordinateur, puisse signer un bon de commander auprès d'un vendeur l'ayant contracté régulièrement depuis plusieurs années (...), sans qu'il (l'acheteur) ait consulté auparavant la concurrence ou exigé des garanties écrites quant à la gestion des stocks ... » (77).

b. *Le fournisseur.*

17. — Le fournisseur est tenu d'une double obligation d'information. Il est à la fois tenu d'informer l'utilisateur et de s'informer auprès de lui. Cette distinction est importante et nous étudierons successivement ces deux obligations.

Le fournisseur devra prendra des renseignements (obligation de s'informer) si les données fournies par l'utilisateur lui apparaissent incomplètes ou contradictoires. La rédaction par ce dernier du cahier des charges et même l'appel à un conseil ne supprime pas totalement la responsabilité du fournisseur.

Dans le cas d'un contrat informatique « clé en mains » le tribunal de commerce de Bruxelles (78) a même retenu une obligation de se

---

Contra : Trib. Comm. Bruxelles, 25 août 1971, *J.C.B.*, 1973, I, p. 295 : « La perte, à cause de la faute précontractuelle, des dommages escomptés du contrat est susceptible de donner lieu à un dommage moral qui est réparable ».

(61) Cass., 23 sept. 1969, *Pas.*, 1970, I, 73; *R.C.J.B.*, 1971, pp. 224 et s., note Y. Schoentjes-Merchiers; Comm. Bruxelles, 3 nov. 1975, *J.C.B.*, 1976, I, p. 514.

(62) J. Ghestin, *op. cit.*, n° 202.

(63) En particulier, lorsque les spécifications du logiciel données par la publicité sont purement fonctionnelles. Sur la distinction entre spécification « fonctionnelle » et « technique » et son importance, voy. *Infra*, n° 35.

(64) C'est ce que Vanwijck-Alexandre et Schmidt appellent « le contrat, réalité viciée ».

(65) Paris, 3 avril 1979, *Expertises*, 1979, n° 10, pp. 1 et 2 (et les commentaires de H. Gevaert, « De l'obligation du vendeur d'informer son client », *Expertises*, 1979, n° 12, pp. 3 et s.).

(66) Trib. Comm. Paris, 19 avril 1971 (Flammarion c. I.B.M.), *Gaz. Pal.*, 1971, p. 401.

(67) Paris, 24 sept. 1980, *Expertises*, n° 24, pp. 2 et s.

(68) La décision Flammarion c. I.B.M. du tribunal de commerce de Paris le pensait. « Il appartient au client d'établir un cahier des charges définissant les caractéristiques du matériel. Ce n'est pas au constructeur de le faire. Si le client n'est pas capable, il a au moins l'obligation de recourir à un cabinet de conseil » (Megret et Daudier de Cassini, note sous Trib. Comm. Paris, 19 avril 1971, *Gaz. Pal.*, 1971, II, p. 405).

(69) De façon très nette, I. de Lamberterie, « La responsabilité contractuelle du fournisseur de prestation informatique », *Rev. jur. comm.*, 1979, pp. 463 et s.

(70) Paris, 3 déc. 1976, *J.C.P.*, 1977, II, 18579, note Boitard et Dubarry; cf. aussi Paris, 20 avril 1976, Satia c. groupe Pontet-Guyot, arrêt inédit.

(71) ... Sauf dans le cas de vente « clé en main » (*Infra*, n° 24). A cet égard, J. Megret, note sous Paris, 12 juill. 1972, *Gaz. Pal.*, 1972, II, p. 804.

(73) Paris, 10 avril 1976, Cojusfrance c. I.B.M., inédit, cité par de Lamberterie, *op. cit.* C'est à l'utilisateur, de manière juste dans les limites de son organisation et de ses problèmes spécifiques, de déterminer tous les éléments qui jouent un rôle pour rendre possible l'utilisation d'un computer (Paris, 24 mai 1977, Promill c. Singer, *Expertises*, 1978, n° 3, pp. 7 et s.).

(74) « Il appartient pour sa part au constructeur surtout en l'absence de tout conseil spécialisé... ».

(75) ... « Sans pour autant exonérer le fournisseur de toute responsabilité » (Paris, 15 mai 1975, Soripa c. Logabax, *J.C.P.*, 1976, II, p. 18265; cf. aussi implicitement, Paris, 24 mai 1977, Promill c. Singer, déjà cité où la cour refuse l'argument selon lequel on ne pouvait reprocher à l'utilisateur de ne pas disposer d'un personnel qualifié en informatique...).

(76) Paris, 1er juill. 1980, Mintiss c. I.B.M., *Expertises*, 1980, n° 20, pp. 6 et s. La cour d'appel reproche à l'utilisateur de ne s'être même pas informé auprès de sa filiale qui disposait d'un matériel semblable de même marque. Cf. aussi Paris, 3 déc. 1976, *J.C.P.*, 1977, II, p. 18579, note Boitard et Dubarry où la cour reproche à l'utilisateur de ne pas s'être informé des désavantages inhérents à l'utilisateur du matériel. Comp. de façon générale, « ceci n'exclut pas pour les parties le devoir de chercher à se renseigner elles-mêmes et de veiller à la protection de leurs intérêts » (Vanwijck-Alexandre, *op. cit.*, p. 55; J.L. Fagnart, « La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence », *J.T.*, 1976, p. 572).

(77) Si le principe est indiscutable, il semble cependant qu'*in casu* l'utilisateur avait insisté sur l'importance que présentait pour lui une gestion des stocks en temps réel et ait pour cette raison refusé de signer le rapport d'analyse présenté par la suite par le vendeur.

(78) Trib. Comm. Bruxelles, 7 janv. 1980, *J.C.B.*, 1981, pp. 225 et s. et le commentaire sur ce point de M. G. Vandenberghe. Cf. en outre, Y. de Lamberterie, art.

renseigner plus large. Le fournisseur se doit de fournir un système offrant une solution adéquate au problème de l'utilisateur. « Pour ce faire, il doit s'informer des besoins du demandeur, c'est-à-dire recueillir les données de son problème ».

Le fournisseur doit informer : de manière générale, le défaut de communication de renseignements par le fournisseur est sanctionné par la jurisprudence : « Celles des parties qui connaissait ou devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle (79), un fait, dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant où celui-ci était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même, ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son contractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies » (80).

L'obligation de renseigner à charge du fournisseur trouve ses limites dans l'obligation de se renseigner à charge de l'utilisateur (81).

Le fournisseur se doit donc de renseigner l'utilisateur sur le contenu du contrat. Sont ainsi compris dans les renseignements à fournir par le fournisseur:

— les usages possibles du matériel;
— les caractéristiques de l'installation (courant, climatisation...);
— les éléments qui permettent au client de procéder au calcul de rentabilité du système fourni : coût d'achat, coût d'entretien, rendement de la machine, etc. (82).

Ainsi, il a été reproché au fournisseur de n'avoir pas, dans la définition de la capacité de la mémoire, attiré l'attention du client sur la nouvelle unité de mémoire utilisée, le kilo-caractère n'équivalant pas au kilo-octet (83).

En outre, la publicité doit être réaliste et non trompeuse (84). Des « affirmations imprudentes, incomplètes et constitutives de fautes », incluses dans les propositions préalables à la négociation, ont été reprochées au fournisseur (85).

B. — *L'obligation de conseil et de mise en garde à charge du fournisseur*

18. — Dans le cadre de l'obligation de conseil, l'obligation de renseignements du contractant jusque là limitée aux renseignements sur le contenu du contrat prend une dimension nouvelle et devient l'obligation de renseigner sur l'opportunité du contrat (86) ... le fournisseur ne doit pas simplement des renseignements, à l'état brut; il doit les interpréter et communiquer ses conclusions à son contractant.

La doctrine française (87) a progressivement dégagé une obligation de conseil précontractuelle à charge du contractant, expert face au profane (88).

La jurisprudence des contrats informatiques a appliqué cet enseignement à de nombreuses reprises. On connaît l'attendu célèbre de la cour d'appel de Paris du 15 mai 1975 (89) : « un devoir de conseil incombe à tout fournisseur de matériel informatique, ce devoir est d'autant plus rigoureux que ces clients sont mal informés en la matière ».

La décision du 3 avril 1979 déjà citée (90) décrit les conséquences de ce devoir de conseil. Le fournisseur doit aider le client à exprimer ses besoins, interpréter cesdits besoins et procéder à une étude plus approfondie si nécessaire (91), enfin conseiller éventuellement au client de s'adjoindre du personnel qualifié.

De telles obligations de conseil n'existent bien évidemment, ajoute la décision, que dans la mesure où l'utilisateur ne s'est pas adjoint les conseils d'une société spécialisée.

Si tel était le cas, la responsabilité du fournisseur serait sensiblement atténuée (92). L'obligation de conseil, en effet, se justifie par le déséquilibre existant entre un utilisateur ignorant et un fournisseur spécialiste. En outre le devoir de conseil du fournisseur s'arrête là où commence l'obligation à charge de l'utilisateur (93).

19. — L'obligation précontractuelle (94) de conseil du fournisseur peut dans certains cas, se concrétiser par une véritable obligation de mise en garde. La jurisprudence étend à l'informatique le principe dégagé à propos de la vente de produits dangereux (95).

Il s'agit d'abord « d'avertir l'utilisateur des risques inhérents à une procédure d'informatisation et tout particulièrement, des modifications de structure à apporter à l'entreprise du fait de l'insertion de l'ordinateur » (96). Il s'agit ensuite de prévenir des difficultés de démarrage d'une installation informatique, et de conseiller à l'utilisateur le maintien des anciennes méthodes de gestion pendant un certain temps c'est-à-dire pendant le transfert des applications sur le nouveau système (97).

C. — *Les différentes sanctions des obligations des parties pendant la période précontractuelle*

20. — Les obligations précontractuelles d'information de renseignements et de conseil ont été progressivement dégagées par la doctrine de la jurisprudence relative aux vices de consentement du contrat (100) voire à la garantie des vices

---

cité, *Rev. jur. comm.*, 1979, p. 464; comp. J. Ghestin, *op. cit.*, n° 492 : « L'obligation d'informer peut comporter, spécialement lorsqu'il s'agit d'un professionnel traitant avec un profane, l'obligation de se renseigner afin de pouvoir fournir les informations dues »; cf. en outre, Cass. fr., ch. comm., 19 juill. 1966, *Bull. civ.*, 1966, n° 369.

(79) Une nouvelle fois, il est fait état de l'inégalité des parties. A cet égard, nos réflexions (*supra*, n° 5) sur les limites qu'il faudrait donner à cette affirmation de l'inégalité des parties. A la limite, l'obligation de renseignements n'existe plus lorsque le fournisseur traite avec un utilisateur ayant une grande connaissance des systèmes informatiques. A noter cependant l'avis de M. Vandenberghe, note sous Trib. Comm. Bruxelles, 18 févr. 1980, *J.C.B.*, 1981, p. 237 : « Le devoir d'information existe en toute hypothèse, même si l'étendue de ce devoir peut varier en fonction du degré d'initiation de l'utilisateur ... celui-ci est initié en informatique, non à l'ordinateur qui lui est concrètement proposé ».

(80) J. Ghestin, « Le contrat - Les obligations », *Traité de droit civil*, Paris, 1980, n° 508; comp. en Belgique de façon plus prudente, J.P. Masson, « Les fourberies silencieuses », note sous Cass., 8 juin 1978, *R.C.J.B.*, 1979, pp. 525 et s. Sur l'obligation d'information dans notre droit, lire W. Wilms, « Het recht of informatie in het verbintenissenrecht, een grondslagenonderzoek », *R.W.*, 1980-1981, col. 489-520; M. Fallon, note sous Cass., 28 févr. 1980, *J.T.*, 1981, pp. 240 et s. et surtout l'arrêt de la cour d'appel de Mons du 18 avril 1978, *Pas.*, 1978, II, 71. « L'obligation d'informer appartient ainsi à la théorie générale des obligations » (M. Fallon, *op. cit.*, p. 243).

(81) A propos de l'obligation de l'utilisateur de se renseigner, cf. *supra*, n° 16, *in fine*.

Sur cet équilibre des deux obligations, lire les attendus significatifs du tribunal de grande instance d'Avennes du 5 févr. 1964 (*Gaz. Pal.*, 1964, I, p. 421).

(82) Il s'agit bien de renseignements sur les éléments du calcul de rentabilité. En aucune façon, le fournisseur n'a à se substituer au client dans le calcul de rentabilité (cf. *infra*, n° 39).

(83) Paris, 4 mars 1980, Logabax c. Paudis, *Expertises*, 1980, n° 17, pp. 8 et s.

(84) De façon implicite, Trib. Comm. Bruxelles, 30 juin 1980, inédit où le juge ne tient pas pour mensongère la publicité faite à la possibilité pour un ordinateur de gérer les stocks alors que cet ordinateur ne pouvait le faire de façon aussi poussée que d'autres machines plus perfectionnées.

En général, la publicité se fait en termes fonctionnels, c'est-à-dire en termes de solution aux problèmes de l'entreprise alors que le contrat ne reprendra que des questions techniques (sur ce grave problème et ses conséquences sur l'obligation de conformité, voy. *infra*, n° 35).

(85) Trib. Comm. Paris, 19 avril 1971, Flammarion c. I.B.M., *Gaz. Pal.*, 1971, p. 401 (l'argument n'est pas repris en appel). « En affirmant sans nuance que l'équipement informatique apportait aux problèmes examinés une solution efficace rapide et sûre, le loueur s'est comporté avec légèreté »; Paris, 1er déc. 1972, Sligos Interface, *Jurisprudence et informatique*, note J. Desmartin; cf. enfin la cour d'appel de Paris, qui, le 21 mars 1979 (Cerci c. C.P.S., *Expertises*, 1979, n° 15, p. 5), retient pour condamner le fournisseur qu'« il est possible que la société I.B.M., pour obtenir la commande, ait présenté sous un aspect trop optimiste les avantages que l'utilisateur pourrait retirer de la méthode informatique ».

(86) Sur cette distinction, lire notamm. M. Lucas de Leyssac, « L'obligation de renseignements dans les contrats », *in L'information en droit privé*, L.G.D.J., 1978, n°s 26 et s., pp. 319 et s.; J. Ghestin, *op. cit.*, n° 458. Le droit belge n'a pas encore clairement mis en évidence cette obligation de conseil.

(87) Nos remarques à propos du devoir de conseil du fournisseur en matière informatique ne valent donc pas *a priori* pour le droit belge. A noter cependant l'attendu du tribunal de commerce de Bruxelles du 2 févr. 1976, E.C.O. c. U.C.C., *Rev. dr. intell.*, 1976, pp. 365 et s. : « Même si E.C.O. a voulu satisfaire à un goût de parade en adoptant un système disproportionné à son chiffre d'affaires, il était du devoir (du fournisseur) de par sa fonction de la conseiller au mieux ».

(88) « La reconnaissance d'un devoir de conseil procède de l'inégalité d'information » (M. Ivainer, « De l'ordre technique à l'ordre public technologique », *J.C.P.*, 1972, I, 1945, n° 32). A cet égard, nos réflexions, *supra*, n° 5.

(89) Paris, 15 mai 1975, Soripa c. Logabax, *J.C.P.*, 1976, II, p. 18265, obs. Boitard et Dubarry.

(90) *Supra*, n° 14.

(91) A cet égard, les réflexions de A. Bensoussan, « L'obligation de conseil des S.S.C.I. », *Expertises*, 1981, n° 28, p. 4 et sa réf. à l'arrêt de la Cour de cassation française du 15 nov. 1977 (*J.C.P.*, 1978, II, p. 422) à propos d'un vendeur de produits isolants.

(92) ... Mais non éteinte (M. Boitard et J.C. Dubarry, note sous Paris, 15 mai 1975, *J.C.P.*, 1976, II, p. 18265).

(93) Sur cet équilibre, les réflexions de Lucas de Leyssac (*op. cit.*, p. 323). Ainsi dans l'affaire R.X. c. Geotechnique (Paris, 26 juin 1980, *Expertises*, 1980, n° 21, pp. 2 et s.), le fournisseur n'a pas été condamné pour manquement à son obligation de conseil, le client l'ayant insuffisamment informé de la situation particulière à son entreprise.

(94) A distinguer de l'obligation contractuelle de conseil (*infra*, n° 40).

(95) En ce sens aussi, A. Bensoussan, « L'obligation de conseil des S.S.C.I. », *op. cit.*, p. 4. Sur l'obligation de mise en garde à propos de produits dangereux, M. Fallon, « La Cour de cassation et la responsabilité liée aux biens de consommation », *R.C.J.B.*, 1979, pp. 176-177.

(96) La jurisprudence a dégagé cette première expression de l'obligation de mise en garde dans l'affaire Cerci c. C.P.S., déjà citée où elle reproche au fournisseur de n'avoir pas « formellement, appelé l'attention (de l'utilisateur) sur la difficulté de fonctionnement que présentait le système ».

(97) Trib. Comm. Paris, 19 avril 1971, *J.C.P.*, 1971, II, p. 16752, à propos d'une installation mécanographique destinée à simplifier les méthodes comptables; cf. aussi la décision Cerci c. C.P.S. citée note 71 où le fournisseur « aurait dû tout au moins recommander (à l'utilisateur) de conserver pendant un certain temps le traitement manuel parallèlement à la saisie informatique des données » et les commentaires d'Hugo Gevaert, « De l'obligation du vendeur d'informer son client », *Expertises*, 1979, n° 12.

(100) A cet égard, les développements de Y. Boyer, « L'obligation de renseignements dans les contrats », thèse, Aix, 1978, n°s 300 et s.; M. Lucas de Leyssac,

cachés (101). « Ceci correspond à la tendance générale de la jurisprudence de sanctionner la faute précontractuelle par recours au contrat » (102).

Nous reviendrons certes sur la sanction contractuelle qu'ont trouvé certains manquements aux devoirs précontractuels (103) des parties à un contrat informatique. Pour le moment, nous ne retiendrons que la sanction originale à ces manquements tirée de l'article 1382 du Code civil. Cette sanction aquilienne peut exister indépendamment de toute sanction contractuelle, elle peut éventuellement coexister avec la nullité obtenue du contrat (104).

La première hypothèse suppose que ni l'utilisateur ni le fournisseur ne réclame la nullité du contrat. « Le dommage est toujours susceptible de revêtir ici comme ailleurs de multiples formes et la réparation, ayant pour but de remettre la victime autant que possible dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'y avait pas eu la faute, devra à chaque fois s'adapter à cette diversité » (105).

La réparation pourra, par exemple, consister en la diminution du prix (106).

La seconde hypothèse est plus délicate : lorsque la nullité du contrat résulte de la faute précontractuelle de l'une des parties, celle-ci est tenue de réparer les suites préjudiciables de cette nullité. On retrouve en partie les solutions déjà évoquées en cas de faute ayant entraîné non-conclusion du contrat (107). Il ne peut en effet être question de tenir compte sauf exceptions des occasions manquées de contracter ailleurs. Par contre, le retard dans la réalisation des objectifs poursuivis, le non-respect d'engagements pris avec des tiers, l'intérêt que présentaient pour la victime la validité et l'exécution du contrat et les frais consentis pour la négociation du contrat devront être pris en considération.

« L'obligation de renseignements dans les contrats », *in L'information en droit privé*, L.G.D.J., 1978, n°s 26 et s., pp. 319 et s.

La doctrine belge n'a pas encore pleinement dégagé l'obligation de renseignements de la théorie des vices du consentement. Ainsi, elle préfère sanctionner le défaut de renseignements par la théorie de l'erreur ou du dol lorsqu'il y a « réticence circonstanciée » (à ce propos, la note de Masson, sous Cass., 8 juin 1978, *R.C.J.B.*, 1979, p. 539 et de Coipel, sous Trib. Trav. Namur, 4 sept. 1978, *Rev. rég. dr.*, 1979, p. 767). Cette manière de faire privilégie le fournisseur, l'utilisateur devra établir les manœuvres frauduleuses.

Nous aurons l'occasion (*infra*, n° 24) d'étudier l'arrêt Savie c. Logabax, de la cour d'appel de Paris du 26 juin 1980 (*Expertises*, n° 20) où le fournisseur avait dissimulé les contraintes de l'appareil fourni et fut condamné pour dol par réticence et non directement sur base du manquement à l'obligation de renseignements.

(101) Cf. à cet égard, l'analyse par Boyer (*op. cit.*, n° 209) de la jurisprudence et la note de Fallon déjà citée (*J.T.*, 1981, pp. 240 et s.).

(102) M. Lucas de Leyssac, art. cité, *in L'information en droit privé*, Paris, 1978, p. 340; M. Schmidt, art. cité, *R.T.D.C.*, 1974, p. 22, n° 48. En droit belge, les concl. de M. Vanwijck-Alexandre, art. cité, *Ann. Fac. dr. Liège*, 1980, pp. 81 et s.

(103) Cf. *infra*, n° 20.

(104) ... Puisqu'elle vise des périodes différentes l'une la formation du contrat, l'autre sa conclusion ou son exécution (cf. sur cette coexistence, notamm. A. de Bersaques, art. cité, *R.C.J.B.*, 1964, pp. 281 et 282; L. Cornélis, « Le dol dans la formation du contrat », note sous Cass., 2 mai 1974, *R.C.J.B.*, 1976, p. 47).

(105) M. Vanwijck-Alexandre, art. cité, *Ann. Fac. dr. Liège*, p. 80 (cf. aussi la conclusion, p. 83, qui insiste sur cette richesse de la sanction aquilienne).

(106) ... Par compensation et non par immixtion du juge dans le contrat (Trib. Comm. Liège, 20 mai 1960, *Jur. Liège*, 1959-1960, p. 299; A. de Bersaques, art. cité, *R.C.J.B.*, 1964, p. 282).

(107) *Supra*, n° 13. Sur l'analyse de la réparation dans cette hypothèse, lire M. Vanwijck-Alexandre, art. cité, pp. 52 et s.

TITRE II

LA CONCLUSION DU CONTRAT ET LES VICES DU CONSENTEMENT

21. — Que le contrat informatique soit qualifié de vente ou de contrat d'entreprise, sa formation peut être entachée d'erreur ou de dol. Si on peut s'étonner que la jurisprudence n'ait pas soulevé plus souvent l'erreur de l'utilisateur dans la conclusion d'un contrat informatique, l'intérêt de la théorie des vices de consentement dans l'étude des contrats informatiques doit être d'emblée souligné.

Nous aurons en effet l'occasion de noter les nombreuses clauses par lesquelles le fournisseur restreint sa responsabilité, en particulier quant à la conformité du système fourni aux besoins de l'utilisateur (108). Cette constatation explique que ce dernier puisse être tenté d'échapper à ses obligations en invoquant le vice de consentement.

I. — L'erreur

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

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

On sait que la jurisprudence a adopté la thèse subjective selon laquelle la substance est ce que le contractant a lui-même considéré comme substantiel dans l'objet de la convention. Elle va plus loin. Elle considère que, sans porter sur l'objet directement, une erreur entraînant une fausse représentation non de l'objet lui-même mais du résultat que sera susceptible de procurer le contrat peut entraîner nullité de la convention (109). A cet égard, une erreur sur la valeur peut même être prise en considération si elle est la conséquence d'une représentation de qualités substantielles de l'objet.

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

Elle doit être, selon les conclusions même de Ghestin (110), déterminante, excusable et commune.

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

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

L'excusabilité de l'erreur dans le chef de l'utilisateur peut être plus délicate à démontrer. On sait que la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour apprécier *in concreto* (111) l'excusabilité de l'erreur : l'erreur est inexcusable lorsque son auteur pouvait et devait s'informer (112). Il est évident qu'on tiendra dès lors compte de la qualité de l'auteur de l'erreur : est-il un spécialiste, est-il, au contraire, « non initié aux arcanes de l'informatique » ? « Attendu », affirme le tribunal de commerce de Bruxelles (113), « que si le rapport d'expertise devait établir le défaut de capacité des appareils et que partant il y aurait erreur dans le chef du demandeur, encore les parties auraient-elles à s'expliquer sur le caractère excusable ou non de cette éventuelle erreur, et cela *in concreto* ».

Enfin, et surtout, l'erreur doit être commune. « Il faut donc que le contractant ait connu ou ait dû connaître l'importance essentielle attachée par la victime de l'erreur à la qualité défaillante... L'erreur ne justifie l'annulation du contrat que lorsqu'elle s'analyse en un désaccord entre l'objet réel et sa définition contractuelle. Il faut qu'elle porte sur une qualité expressément ou tacitement convenue » (114).

Les exigences posées par cette dernière condition se révèlent plus difficiles à satisfaire : de l'affaire Soripa contre Logabax (115), il faut expressément retenir que les calculs de rentabilité du système proposé ne pouvaient entrer dans le champ contractuel sauf stipulation contraire. En outre, si l'on doit certes se référer à l'opinion générale pour dégager les qualités que les parties avaient incorporées dans leur accord (116), il faut cependant exclure les qualités substantielles que les parties par des clauses de non-garantie ont expressément écartées : « Les tribunaux », note Ghestin (117), « refusent l'annulation du contrat lorsque la qualité défaillante avait fait l'objet d'une clause expresse de non-garantie, sauf », ajoute-t-il, « mauvaise foi du bénéficiaire de la clause ».

Nous pensons devoir insister sur le fait que cette clause doit être expresse. Ainsi, le fait qu'une clause générale affirme que le fournisseur ne garantit pas la conformité du système aux besoins de l'utilisateur, n'exclut pas la possibilité pour ce dernier de réclamer l'annulation pour erreur sur une qualité attendue du système lorsque l'importance de cette qualité devait être normalement connue par le fournisseur (118).

23. — Evoquons rapidement la sanction de l'erreur. Le juge qui constate l'erreur décidera la nullité du contrat, c'est-à-dire le rétablissement de

(108) *Infra*, n° 47, notre étude des garanties conventionnelles et des clauses de délimitation de responsabilité.

(109) Ainsi de façon très claire, Trib. Comm. Verviers, 21 déc. 1976, *J.T.*, 1977, p. 345; comp. en France, J. Ghestin, *Les obligations - Le contrat*, 1980, n° 382. « Les qualités de l'objet ne sont appréciées qu'en fonction du but poursuivi mais ce but n'est considéré qu'à travers ces qualités » (et les réf. reprises).

(110) J. Ghestin, « La notion d'erreur dans le droit positif actuel », 2e éd., thèse, Paris, 1971.

(111) M. Coipel, « L'erreur de droit inexcusable », *R.C.J.B.*, 1978, pp. 213 et s. et les réf. reprises notes 62 et s. : « On se demandera si l'erreur aurait été commise par un homme raisonnable placé dans les mêmes circonstances objectives mais aussi subjectives » et récemment, M. Fontaine, « La réticence ou la fausse déclaration relatives à un fait ignoré de l'assuré et l'erreur inexcusable de l'assureur », note sous Cass., 20 avril 1978, *R.C.J.B.*, 1980, p. 239.

(112) A cet égard, nos réflexions sur l'obligation pour l'utilisateur de s'informer (*supra*, n° 15).

(113) A propos de la relation utilisateur-société de leasing, voy. Trib. Comm. Bruxelles, 7 janv. 1980, *J.C.B.*, 1981, à paraître, note G. Vandenberghe; *a contrario* : la décision inédite du même tribunal, du 30 juin 1980, qui ne retient pas l'erreur de l'utilisateur pour manquement par ce dernier à son obligation de renseignements.

(114) J. Ghestin, *Les obligations - Le contrat*, *op. cit.*, n°s 400 et 401.

(115) Paris, 15 mai 1975, *J.C.P.*, 1979, II, 18265.

(116) Trib. gde inst. Argentan, 15 oct. 1970, *D.*, 1971, p. 718, note J. Ghestin. Il est évident que les parties peuvent faire d'une qualité spécifique, en principe non retenue suivant le critère de l'opinion générale, une condition expresse ou tacite de leur engagement.

(117) J. Ghestin, *op. cit.*, n° 405 et les réf. jurisprudentielles.

(118) ... Par exemple, un fournisseur livre un logiciel mal adapté à la gestion de stock pourtant essentielle pour le type d'entreprise, utilisateur du logiciel.

la situation d'origine; le client retrouve son argent; le fournisseur, son système. L'action en nullité se prescrit en 10 ans, selon l'article 1304 du Code civil.

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

Notons que l'action en annulation peut se doubler d'une action en réparation. Il faudra alors prouver une faute dans le chef du fournisseur, faute dans les relations précontractuelles (119) sanctionnée par la responsabilité délictuelle qui se prescrit en 30 ans.

II. — Le dol

24. — Si l'erreur a été peu évoquée devant les tribunaux, le dol l'a été plus souvent et parfois avec succès. Nous ne nous occupons ici que du dol à la conclusion du contrat, laissant de côté le dol dans la formation du contrat, sanctionné par les règles de la responsabilité délictuelle (120).

L'article 1116 du Code civil est libellé comme suit : « le dol n'est cause de nullité de la convention que lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles que sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté ».

Il est alors dit dol principal par opposition au dol incident, qui n'est sanctionné que par des dommages et intérêts (121). Notre Cour de cassation (122) admet que le dol ne s'entend pas seulement de manœuvres, c'est-à-dire d'actes positifs qui ont pour but de provoquer et non simplement d'utiliser sciemment l'erreur du partenaire de façon à le décider à contracter, mais s'étend à la réticence que la doctrine distingue soigneusement du silence (123) : « la réticence d'une partie, lors de la conclusion d'une convention, peut, dans certaines circonstances, être constitutive de dol au sens de l'article 1116 du Code civil, lorsqu'elle porte sur un fait qui, s'il avait été connu de l'autre partie, l'aurait amenée à contracter à des conditions moins onéreuses » (124).

Les cas jurisprudentiels concernent d'ailleurs tous de telles réticences lors de la formation du contrat. Dans l'affaire Flammarion contre I.B.M. (125), le tribunal reproche au constructeur-consultant de s'être tout à fait abstenu d'attirer l'attention du destinataire sur les difficultés de démarrage du système informatique. Le client, notent les juges, aurait sinon refusé les termes du contrat et n'aurait pas abandonné *ipso facto* l'ancien système manuel pendant la période de démarrage.

Eu égard aux circonstances, en particulier l'importance de l'assistance technique du constructeur pendant cette phase de démarrage, le silence n'a pas été jugé dolosif (126).

Dans l'affaire I.B.M. contre Verdier, le tribunal reconnait de même la dépendance du locataire d'ordinateurs vis-à-vis du bailleur « seul à même de lui donner les conseils en vue de la réorganisation de son entreprise » mais ne juge pas le silence comme dolosif (127). Enfin, dans l'affaire Savie contre Logabax (128), le juge accueille la demande en annulation du contrat, fondée sur le dol par réticence. En l'espèce, Logabax avait vendu à la société Savie un matériel apte à fonctionner à l'aide de fiches magnétiques, système qui entraînait des servitudes de manipulation et de reclassement des fiches. La durée totale des traitements devenait inconciliable avec les résultats que la société espérait de l'adoption du système informatique.

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

Quant aux dommages et intérêts demandés par la société Savie, la cour, premièrement, fait observer que les pertes bilantaires ne sont pas nécessairement en relation avec l'inadaptation du système informatique et, secondement, ne lui accorde pas de dommages et intérêts pour inexécution d'une obligation de conseil précontractuelle, étant donné l'annulation du contrat de vente (129).

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

Il est exact que la victime du dol peut, outre l'annulation du contrat, réclamer des dommages et intérêts et notamment la réparation des frais exposés pour la conclusion du contrat. La Cour de cassation française (130) en même temps qu'elle en admet le principe lui donne une justification reprise par la doctrine belge (131) : « le droit de demander la nullité d'un contrat par application des articles 1116 et 1117 du Code civil n'exclut pas l'exercice par la victime des manœuvres dolosives d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi ». Ainsi à la responsabilité contractuelle, s'ajoute une responsabilité délictuelle sanctionnée par l'article 1382.

Cette dernière peut même exister et subsister (132) indépendamment de l'action en annulation du contrat.

Enfin, dans l'action en annulation du contrat, on ne tiendra pas compte, c'est du moins l'avis de la Cour de cassation belge (133) du comportement de la victime : « l'auteur du dol ne peut éluder sa faute en invoquant l'imprudence, ni même la négligence grave et inexcusable de la victime du dol; ladite imprudence ne saurait avoir pour conséquence de rendre le dol excusable à son tour ni d'empêcher l'annulation de la convention ou l'octroi de dommages et intérêts ».

(à suivre)

Pierre et Yves POULLET.

---

(119) *Supra*, n° 20.

(120) Sur ce point, nos réflexions, *supra*, n°s 12 et s.

(121) Sur cette distinction en droit belge, J. Declerck-Goldfracht, note sous Cass., 6 mai 1971, *R.C.J.B.*, 1972, p. 270; cf. aussi Cass., 23 déc. 1926, *Pas.*, 1927, I, 113; Cass., 24 janv. 1924, *Pas.*, 1924, I, 159.

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

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

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

(124) Cette solution de la Cour de cassation belge mérite nos critiques. La réticence est l'omission volontaire d'un fait. Cette omission ne peut être fautive que s'il y avait obligation d'information. en d'autres termes, c'est cette violation de l'obligation d'information qui doit être sanctionnée suivant l'art. 1382. L'assimilation par la Cour de cassation de la réticence fautive et du dol de l'art. 1116 pallie cette prise en considération, insuffisante encore dans notre jurisprudence, de l'obligation de renseignements lors de la formation du contrat. Sur un raisonnement parallèle, J. Ghestin, « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », *D.*, 1971, chron., 249 et s. et Cass., 7 mai 1974, *Bull. civ.*, 1974, III, n° 186, p. 140. La note citée de Masson nous apparait peu claire sur cette distinction nécessaire sauf à confondre dol et faute intentionnelle. A noter à ce propos la décision du tribunal de Liège du 30 nov. 1972, *Jur. Liège*, 1972-1973, p. 189, cité par Flamme, chron. citée, n° 10 : « Constitue le dol principal justifiant l'annulation des contrats de vente, d'entreprise et de prêt conclus par un promoteur le fait pour celui-ci d'avoir, surtout au regard d'une publicité alléchante, manqué à son devoir d'information des non-professionnels en retardant jusqu'au moment de la comparution devant notaire la communication de conditions essentielles, d'ailleurs draconiennes, quant aux contrats à intervenir ».

(125) Paris, 12 juill. 1972, *Gaz. Pal.*, 1972, II, pp. 804 et s.

(126) Ainsi la bonne foi dans l'exécution du contrat peut compenser un acte de mauvaise foi dans la période précontractuelle !

(127) Est-ce à dire que « ces conseils relatifs à l'organisation de l'entreprise » ne faisaient pas partie de l'obligation de renseignements !

(128) Paris, 26 juin 1980, *Expertises*, 1980, n° 20, pp. 2 et s.

(129) Il nous semble que le raisonnement du juge sur ce point est erroné. L'obligation de conseil étant en l'occurrence précontractuelle, l'annulation du contrat ne devait pas empêcher d'invoquer une responsabilité délictuelle précontractuelle (cf. *supra*, n° 20).

(130) Cass., 4 févr. 1975, *J.C.P.*, 1975, II, 18100, note Ch. Larroumet.

(131) Sur ce point, en particulier, M. Vanwijck-Alexandre, *op. cit.*, pp. 61 et s.

(132) Puisque la responsabilité délictuelle se prescrit en 30 ans et l'action contractuelle de dol en 10 ans (pour des limites à cette affirmation, J.C. Durry, note sous Cass., 4 févr. 1975, *R.T.D.C.*, 1975, p. 537, n° 1).

(133) Cass., 2 sept. 1977, *R.C.J.B.*, 1978, p. 32, note J. Matthijs. De façon plus nuancée, Cass., 29 mai 1980; comp. *supra*, n° 54, où la simple mauvaise foi d'une partie lui interdit de se prévaloir du caractère inexcusable de l'erreur.

Reliure du « Journal des Tribunaux »

Nous signalons à nos abonnés que la Maison Larcier se charge, comme les années précédentes, de relier leur collection du Journal 1981, ainsi que celle des années antérieures, pour le prix de 1.290 F l'année.

Afin d'éviter toute détérioration des numéros, nous conseillons à nos abonnés de faire déposer leur collection aux bureaux de l'éditeur, rue des Minimes 39 - 1000 Bruxelles. A nos lecteurs qui n'auraient pas cette possibilité, nous conseillons l'envoi de la collection par paquet bien emballé, portant la mention « Imprimés ».

A partir du 15 janvier, des collections reliées de l'année 1981 pourront être remises **instantanément** aux abonnés qui le désirent, en échange de leurs numéros de cette même année, pour le prix de 1.290 F.