

L'ASBL



**DROIT
& NOUVELLES
TECHNOLOGIES**

[HTTP://WWW.DROIT-TECHNOLOGIE.ORG](http://www.droit-technologie.org)

PRÉSENTE

LE BOGUE DE L'AN 2000 SOUS LA LOUPE
DES CONTRATS INFORMATIQUES

Etienne WERY
Etienne.wery@wery.org
Avocat au barreau de Bruxelles
Bruxelles, le 26 septembre 1999

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	4
LES ARGUMENTS TIRÉS DE LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE	5
La phase précontractuelle est génératrice d'obligations réciproques	5
L'obligation de conseil du fournisseur	5
L'obligation de collaboration du client	7
La difficile appréciation d'un éventuel manquement	7
La sanction d'un éventuel manquement	9
L'application théorique au bogue de l'an 2000	9
L'application pratique par le tribunal de commerce de Créteil	11
Conclusion	12
LES ARGUMENTS TIRÉS DE LA FORMATION DU CONTRAT	13
La lésion	13
Le dol	13
L'erreur	14
Les conditions de la reconnaissance de l'erreur	14
Application au bogue de l'an 2000.....	15
La sanction des vices de consentement	15
LES ARGUMENTS TIRÉS DU BIEN FAISANT L'OBJET DU CONTRAT	17
L'obligation de délivrance d'un bien conforme	17
Contenu de l'obligation de conformité.....	17
Mise en œuvre de l'obligation de conformité.....	18
Application au bogue de l'an 2000.....	19
La garantie contre les vices cachés	20
L'importance de la qualification du contrat en matière de vices cachés	20
La qualification de quelques contrats informatiques	20
<i>La fourniture de matériel hardware</i>	20
<i>La fourniture clé en main</i>	21
<i>Le développement d'un logiciel sur mesure</i>	22
<i>La location d'un système</i>	22

<i>Le contrat de conseil informatique</i>	23
<i>Les opérations complexes</i>	23
<i>La fourniture d'un logiciel standard</i>	23
La mise en œuvre de la responsabilité pour vice caché	25
<i>La garantie du vendeur</i>	25
<i>La garantie du vendeur international d'objets mobiliers corporels</i>	28
<i>La garantie du loueur de chose</i>	28
<i>La garantie du loueur d'ouvrage</i>	29
LES ARGUMENTS TIRÉS DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT : LE CONTRAT DE MAINTENANCE	31
Importance et classification des contrats de maintenance	31
La prise en charge du bogue par les contrats de maintenance	32
Les contrats de maintenance-adaptation et maintenance-évolution	32
Les contrats de maintenance-correction et d'upgrade	33
LES CLAUSES EXONERATOIRES OU LIMITATIVES DE RESPONSABILITÉ	37
Validité "contrôlée" de ces clauses	37
L'an 2000 est-il un cas de force majeure ?	38
CONCLUSION ET MESURES À PRENDRE	40

INTRODUCTION

Comme tous les pays du monde, la Belgique est confrontée au bogue de l'an 2000. L'état de préparation des grosses entreprises est jugé bon ; celui de l'administration est moyen sauf au ministère des Finances qui accuse un gros retard ; la préparation des PME, des indépendants et des petites structures est inquiétante. Dans ce dernier cas, le principal frein est l'absence de productivité de la mise à niveau nécessaire : elle coûte cher, prend du temps et n'est pas directement productive.

Diverses études et initiatives ont vu le jour, dont la création à l'initiative du gouvernement fédéral de Forum 2000¹, un groupe de sensibilisation chargé d'alerter l'opinion et les acteurs économiques de la nécessité de prendre à temps les mesures nécessaires, et de coordonner les efforts des instances officielles.

Du côté du privé et du monde associatif, plusieurs sites belges traitent du droit informatique en général et dressent régulièrement l'état de la question². Des sites ont également été créés spécifiquement pour le bogue³. Enfin, les assureurs⁴ sont très actifs et ont mis sur pied plusieurs actions de sensibilisation.

Nous nous proposons dans cette étude de suivre à toutes les étapes de son existence une relation contractuelle entre un fournisseur et son client, pour chaque fois exposer les règles applicables et leur possibles implications dans la problématique de l'an 2000. L'étude nous amènera à considérer quatre phases distinctes : (i) la période précontractuelle, (ii) la formation du contrat, (iii) les arguments que l'on peut tirer du bien qui fait l'objet du contrat, et (iv) la phase d'exécution.

Cette subdivision correspond *grosso modo* à une étude chronologique ; ce plan nous permettra d'aborder successivement quasiment tous les moyens contractuels et extra-contractuels qui peuvent être invoqués dans le cadre d'une relation entre un fournisseur et un client⁵.

Un chapitre distinct sera consacré aux clauses – fréquentes – exonératoires ou limitatives de responsabilité.

¹ <http://www.y2000.fgov.be/>

² <http://www.droit-technologie.org> et liens hypertextes qui s'y trouvent.

³ <http://www.forum.y2kbelgium.org>

<http://www.itworks.be/year2000/>

<http://www.fabrimetal.be/fr/y2k.htm>

⁴ Notamment via l'UPEA (Union professionnelle des Entreprises d'Assurance).

⁵ Par définition, ce plan ne nous permet pas d'aborder les recours que peut tenter une victime totalement étrangère au responsable de son dommage. Nous pensons par exemple à la personne bloquée dans un ascenseur dans un immeuble public, qui poursuit le fabricant. Pour ce type de recours, voy. J.P. Renard, Le passage au 3^{ème} millénaire : la responsabilité extracontractuelle, Actes du colloque organisé par Info Topics à Diegem le 21 octobre 1998.

LES ARGUMENTS TIRÉS DE LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE

LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE EST GÉNÉRATRICE D'OBLIGATIONS RÉCIPROQUES

D'un point de vue dynamique, la conclusion d'un contrat – informatique ou non – est le plus souvent précédée d'une phase précontractuelle au cours de laquelle le client a l'occasion d'expliquer ses besoins, et le fournisseur l'opportunité de démontrer qu'il est en mesure de les satisfaire. Cette phase débouche généralement sur une alternative : la conclusion du contrat ou la rupture des pourparlers⁶.

Dès la phase précontractuelle, les deux parties supportent des obligations⁷ : le fournisseur doit conseiller le client, et ce dernier doit exposer ses besoins.

La violation de ces obligations est susceptible d'être sanctionnée par des dommages et intérêts, voire une réparation en nature. La souplesse de la matière et la réparation en nature sont particulièrement adaptés au bogue de l'an 2000, ce qui explique que les premières actions judiciaires aient exploré cette voie.

L'OBLIGATION DE CONSEIL DU FOURNISSEUR

Les obligations multiples du fournisseur sont habituellement résumées en une simple obligation de conseil. Sous cette appellation se cachent en réalité quatre facettes : s'informer, informer, conseiller et mettre en garde.

Le fournisseur doit s'informer : il lui revient de collecter les informations nécessaires pour cerner les besoins de son client. Si nécessaire il doit stimuler la réflexion de celui-ci pour dégager une vision claire des besoins, en posant des questions, sollicitant des précisions, dressant un schéma, etc.

Au titre du devoir d'information, le fournisseur doit exprimer, de manière complète et raisonnablement objective, les caractéristiques du service ou du produit qu'il propose, à la lumière notamment des besoins du client. L'objectivité parfaite est évidemment un leurre : un bon vendeur met évidemment en valeur son produit, quitte à insister un peu trop sur ses qualités et pas assez sur ses défauts. La frontière entre le "baratin" du vendeur et le devoir d'informer est floue, et relève de l'appréciation souveraine du juge du fond. Le fournisseur n'a pas à plaider contre son produit ou son service, mais il ne peut ni taire ni fausser une information dont il sait – ou doit savoir – qu'elle risque d'être préjudiciable pour le client. Bien entendu, il ne peut ni tronquer ni modifier une information objective ; on cite à cet égard l'exemple du fournisseur qui affirmerait qu'un logiciel est compatible avec Windows NT alors qu'il sait – ou doit savoir – qu'il ne tourne que sous Windows 95.

⁶ M. Forges, Principes applicables à la rupture et à l'aménagement des pourparlers en droit belge, in Ann. Dr. Louvain, 4/1995, Bruylant, Bruxelles, p. 439.

⁷ La bonne foi, Travaux de l'association H. Capitant, Paris, Litec, 1994 ; S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, Chronique de jurisprudence : les obligations, J.T., 1996, p. 689, et spéc, n° 33 et références citées.

En raison du "*fossé qui sépare souvent les professionnels des non initiés*"⁸, la jurisprudence a très vite insisté sur le devoir de conseil du fournisseur informatique : il doit accompagner le client tout au long du processus décisionnel, en le guidant vers une solution qui puisse répondre au problème pour lequel il est consulté. On écrit généralement que le fournisseur ne peut pas se limiter "*aux renseignements sur le contenu du contrat, mais supporte l'obligation de renseigner sur l'opportunité du contrat*"⁹. A juste titre la Cour de cassation française a rappelé qu'en règle générale ce devoir ne s'étend pas jusqu'à la présentation des qualités et lacunes de la concurrence¹⁰. Nous verrons toutefois que la situation de la concurrence n'est pas sans incidence sur le bogue de l'an 2000.

La mise en garde éventuelle du client contre les risques et conséquences des décisions qu'il prend, apparaît en quelque sorte comme la concrétisation des trois premières obligations.

Peut-on déduire de ce qui précède que le fournisseur supporte, dès la phase précontractuelle, l'obligation de fournir une solution "adéquate", soit comme cinquième composante de l'obligation de conseil, soit comme résumé de celle-ci ? Cette position semble parfois avoir été reçue. Ainsi la cour d'appel de Bruxelles, suivie sur ce point par certains auteurs¹¹, a-t-elle considéré que le fournisseur "*assume non seulement l'obligation de conseil et le devoir d'information, mais encore la mise à disposition d'un ensemble informatique apte à fournir l'usage défini par l'utilisateur*"¹².

Nous ne nous rallions pas à cette thèse. Tout d'abord, la formulation utilisée nous apparaît extrêmement dangereuse, en ce qu'elle laisse penser que le fournisseur supporte au stade précontractuel une obligation générale de résultat, ce dont il n'est absolument pas question¹³. L'obligation d'adéquation présente une deuxième anomalie : elle transformerait le fournisseur en un cabinet d'audit informatique, niant ainsi l'essence même du commerce : avant tout, le fournisseur a pour but de conclure une transaction qui lui procure un bénéfice, et non de réaliser une étude objective au cours de laquelle il s'apercevrait que son concurrent offre une solution plus adéquate que lui, ou équivalente mais moins onéreuse, et éventuellement être contraint de recommander à son client de conclure avec lui ! Certes, la transaction ne peut pas se faire à tout prix – d'où l'obligation de conseil dégagée *supra* – mais on ne peut pas pour autant forcer une partie au contrat d'être l'auditeur objectif de la situation de l'autre. Enfin, troisième critique, la frontière est floue entre l'obligation de fournir une solution adéquate et celle de fournir la solution la plus adéquate, entraînant une zone d'insécurité juridique éminemment préjudiciable. Imagine-t-on un vendeur automobile signaler à un client potentiel, dont il devine qu'il skie grâce à son bronzage caractéristique, qu'il lui recommande une autre marque parce que ses véhicules à lui ne sont pas équipés de trappe à ski. Il s'agirait pourtant, à prix et performances égales, de la solution la plus adéquate.

⁸ J.P. Buyle, Aspects contractuels relatifs à l'informatisation, in Droit de l'informatique : enjeux et nouvelles responsabilités, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 1993, p. 241 et ss.

⁹ P. et Y. Pouillet, Les contrats informatiques : 10 ans de jurisprudence belge et française, J.T., 1992, p. 688,

¹⁰ Cass. Fr., 12 novembre 1992, Lamy, Droit de l'informatique, mise à jour n° 43, déc. 1992, p. 5,

¹¹ J.P. Buyle, Aspects contractuels relatifs à l'informatisation, in Droit de l'informatique : enjeux et nouvelles responsabilités, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 1993, p. 245.

¹² Bruxelles, 17 février 1987, RGDC, 1989/2, p. 140.

¹³ Voir à cet égard E. de Cannart d'Hamale, Le devoir de conseil du fournisseur en informatique, RDC, 1988, p. 568.

Le danger de dérive n'est pas que théorique. Nous verrons au titre de l'obligation de livrer un objet conforme qu'une partie de la jurisprudence établit un pont entre, d'une part l'obligation de conseil comprise comme la fourniture d'une solution adéquate, et d'autre part l'obligation de conformité fonctionnelle comprise comme la délivrance d'un bien qui correspond aux besoins réels du client. Dans la foulée, certains ont du reste pu s'interroger sur une identité entre les deux notions¹⁴.

L'OBLIGATION DE COLLABORATION DU CLIENT

Dès le stade précontractuel, le client supporte lui aussi une double obligation : il doit s'informer et informer.

On enseigne à juste titre que *"en règle générale, il faut veiller soi-même à la sauvegarde de ses intérêts et le devoir d'information du fournisseur consiste normalement en une dérogation à ce principe"*¹⁵. Dès lors le client veillera à s'informer, poser des questions, contrôler et comparer les solutions proposées, solliciter deux avis plutôt qu'un, demander éventuellement un essai ou une démonstration en cas de doute, voire se réserver un droit d'échange ou de reprise.

Par ailleurs, le client ne peut pas attendre passivement que le fournisseur dresse seul l'état de la situation et les remèdes à apporter. Il doit informer ce dernier, exposer son problème, indiquer son but et ses besoins, décrire la finalité du système, en un mot énoncer les motifs qui le poussent à effectuer un investissement censé par définition remédier à une situation existante qui ne le satisfait pas. Il lui appartient en outre d'attirer spécifiquement l'attention du fournisseur sur les particularités de son entreprise : langue particulière, siège d'exploitation multiples, activités majoritairement internationales, nature saisonnière de l'activité, température ou hygrométrie hors norme, monnaie utilisée différente de ce à quoi on peut s'attendre, ...

Les obligations du client ne sont pas, comme on a parfois pu le croire, intégrées aux obligations du fournisseur dont elles seraient en quelque sorte l'autre versant de la montagne. Quoiqu'il existe une interaction manifeste et naturelle entre les deux, elles constituent de véritables obligations distinctes, existant indépendamment de celles du fournisseur. C'est ainsi qu'un fournisseur pourrait mettre en cause le comportement fautif du client, par exemple pour lui avoir fait miroiter un achat dans le but d'obtenir un ciblage de ses besoins, alors qu'il aurait dû le prévenir que la décision d'investissement n'avait pas encore été définitivement arrêtée.

LA DIFFICILE APPRÉCIATION D'UN ÉVENTUEL MANQUEMENT

¹⁴ B. Lejeune, Devoir de conseil et obligation de délivrance du fournisseur en informatique, note sous Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, R.R.D., 1989, p. 517.

¹⁵ J.P. Buyle, Aspects contractuels relatifs à l'informatisation, in Droit de l'informatique : enjeux et nouvelles responsabilités, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 1993, p. 254.

Il n'existe pas de recette mathématique permettant de calculer scientifiquement l'ampleur des manquements de l'une ou l'autre partie, et les conséquences de ce manquement sur l'accord donné par le cocontractant. C'est au juge qu'il appartient souverainement de trancher au cas par cas, sur base de tous les éléments de fait qui lui sont présentés.

Des balises existent néanmoins. Citons notamment les éléments suivants : le devoir de conseil est allégé lorsque le client est une société assistée ou représentée par un responsable informatique ou un technicien ; plus le client est profane en la matière et plus le fournisseur doit être prudent ; la livraison d'un logiciel standard entraîne des obligations moins lourdes que le développement sur mesure ; l'ampleur de l'investissement n'est pas sans importance ; la rédaction d'un cahier des charges par le client alourdit sa responsabilité ; le manquement allégué doit avoir déterminé la conclusion du contrat ou à tout le moins être important ou essentiel ; la bonne connaissance par le fournisseur des activités du client (par exemple grâce à une longue relation commerciale ou privée) renforce la légitime confiance que ce dernier place en lui, ...

Concernant le degré de connaissance du client, certains auteurs et juges n'hésitent pas à présumer son ignorance sauf preuve contraire¹⁶. La cour d'appel d'Anvers a appliqué cette présomption dans une affaire dans laquelle le client était une personne rompue à l'informatique, ayant déjà conçu un programme, mais qui négociait *in casu* un contrat dans un domaine qu'il ne maîtrisait pas (logiciel d'enregistrement de time-sheet)¹⁷.

Nous sommes circonspects devant cette présomption, dont l'origine nous semble résider dans une confusion avec la présomption de connaissance des vices cachés qui pèse sur le vendeur professionnel. Or, le parallèle n'est pas permis. D'une part nous verrons que les vices cachés ne s'appliquent qu'en cas de vente, alors que les contrats informatiques ne sont pas toujours (pas souvent ?) des ventes au sens juridique du terme¹⁸. D'autre part la présomption a pour conséquence de réduire à presque rien l'obligation de s'informer qui pèse sur le client, dont on a pourtant vu qu'elle constitue la règle et le devoir d'information du fournisseur l'exception. Enfin, sauf contorsion juridique périlleuse, il est malaisé de mélanger les principes applicables aux phases précontractuelle et contractuelle : les motifs qui président à la présomption de connaissance des vices cachés sont difficilement transposables dans la matière qui nous occupe.

Enfin nous n'insisterons jamais assez sur ceci : l'informatique est une matière très mouvante, et ce qui était un manquement hier ne l'est plus nécessairement aujourd'hui. L'informatique pénètre chaque jour un peu plus dans la vie quotidienne : même si cela ne fait pas de chacun de nous un technicien rompu aux dernières nouveautés, cette familiarisation réduit néanmoins le fossé séparant ceux qui savent de ceux qui ne savent pas¹⁹. Comme toujours il faut faire confiance au

¹⁶ Idem, p. 252. Voy. également les autres références citées par l'auteur: Comm. Brux., 7 janvier 1980, J.C.B., 1981, p. 571 et note G. Vandenberghe ; T. Ivainer, De l'ordre technique à l'ordre public technologique, J.C.P., 1972, I, 2495, n° 32 ; W. Wilms, Het recht op informatie in het verbintenissenrecht : een grondslageonderzoek, R.W., 1980-1981, col. 508.

¹⁷ Anvers, 23 novembre 1983, DIT, 1985/6, p. 31 et note G. Vandenberghe.

¹⁸ Sur cette question complexe, voy. *infra* l'étendue de la garantie contre les vices cachés en fonction de la qualification du contrat.

¹⁹ Voir à cet égard les réflexions de E. Davio, note sous J.P. Wervik, 8 février 1994, DIT, 1995/2, p. 59. Voy. égal. E. Montero, Les programmes d'ordinateur et le passage à l'an 2000, J.T., 1998, p. 369, et spéc. n° 6.

juge qui devra séparer le bon grain de l'ivraie, accordant une légitime protection au profane abusé, mais mettant à charge du client imprudent les conséquences de sa propre légèreté.

LA SANCTION D'UN ÉVENTUEL MANQUEMENT

En principe, le dommage subi est réparé par l'octroi de dommages et intérêts dont l'ampleur dépend de la nature et de la gravité du dommage subi.

Le droit belge permet également en matière contractuelle d'obtenir une réparation en nature²⁰. Il s'agit alors de "*placer, grâce à un équivalent non pécuniaire de ce qui avait été promis, la partie lésée dans une situation aussi proche que possible de ce qu'aurait procuré l'exécution en nature [de l'obligation]*"²¹. Ainsi, de la même manière qu'on a pu condamner un vendeur automobile à fournir un véhicule ayant les caractéristiques promises ou annoncées, on peut imaginer de solliciter la condamnation d'un fournisseur informatique à livrer du matériel apte à franchir le millénaire si tel est ce qui a été convenu ou laissé entendre, ou à corriger ce qui a déjà été livré. Ce type de réparation est évidemment particulièrement adapté au bogue de l'an 2000. Dans l'affaire Novatel commentée ci-dessous, c'est du reste à ce mode de réparation que la demanderesse a fait appel puisqu'elle demandait à titre principal la condamnation du fournisseur à "*mettre à disposition et installer le logiciel dénommé ... ou tout autre moyen capable de corriger l'absence de passage à l'an 2000*".

Il convient de soigneusement distinguer le manquement à l'obligation de conseil et l'action fondée sur l'erreur (cfr. *infra*) sanctionnée par la nullité du contrat. En pratique, la distinction est parfois difficile à réaliser, et une rédaction maladroite de la citation pourra modifier radicalement le régime applicable et les conséquences de l'action.

L'APPLICATION THÉORIQUE AU BOGUE DE L'AN 2000

Le recours à l'obligation de conseil dépend dans une large mesure, on l'aura compris, des faits qui entourent la relation contractuelle ; loin d'être dangereuse, cette part importante laissée à l'appréciation du juge présente l'avantage de la souplesse. Il ne fait aucun doute que la victime du bogue de l'an 2000 tentera souvent, ne fut ce qu'à titre subsidiaire, d'en tirer parti et d'obtenir sur cette base la prise en charge par le fournisseur des frais de mise à niveau. Certains auteurs préviennent d'ailleurs dès à présent que "*rien n'est fermé dans le droit des contrats. Tout est possible, même dans les circonstances les plus étroites. On peut toujours avoir recours à l'obligation de conseil*"²². Est-il malgré tout possible de dégager des indices de succès ? Sous les réserves émises ci-dessus, des jalons peuvent être dégagés.

²⁰ Pour une étude détaillée de la controverse, voy. S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, Chronique de jurisprudence : les obligations, J.T., 1996, p. 729, et spéc, n° 115 et références citées.

²¹ *Idem*.

²² Fr. Collart-Dutilleul, citée par S. Rozenfeld, Passage à l'an 2000 des systèmes informatiques – Une solution possible : l'obligation de conseil, Expertises, déc. 1997, n° 210, Paris, p. 376.

En règle générale, plus l'application est ancienne, moins la demande a de chance d'être reçue : le fournisseur aura beau jeu d'insister sur les années d'utilisation satisfaisante. Nous avons vu en effet que le manquement allégué doit avoir déterminé la conclusion du contrat ou à tout le moins avoir joué un rôle important ou essentiel. L'utilisateur pourra-t-il soutenir que prévenu il y a de nombreuses années de l'incapacité de son système à passer le cap du millénaire, il aurait réfléchi différemment, voire qu'il aurait renoncé à son investissement ?

Se pose alors la délicate question de la détermination d'une date pivot abstraite, critère magique permettant de dire qu'avant le fournisseur pouvait impunément conseiller un système incompatible, tandis qu'après il commettrait une faute en agissant de la sorte.

A l'inverse d'autres²³, nous refusons d'entrer dans ce débat dans la mesure où la souplesse d'adaptation est une caractéristique essentielle de la matière précontractuelle, et que toute réflexion abstraite nous semble constituer la négation même de l'essence du système. Précisons qu'une éventuelle date pivot déglagée en matière de vice de la chose n'aura pas nécessairement la même autorité en matière précontractuelle. Toute date pivot sera immanquablement en décalage total avec la réalité, par définition multiple et diverse. Ainsi, on comprend aisément la différence qui sépare les deux utilisateurs suivants. Monsieur A a commandé un système de gestion pour une foire d'exposition unique se déroulant en 1999 à l'occasion du jubilé d'un événement quelconque ; surpris par son succès il décide soudain de remettre le couvert l'année suivante mais constate que son système ne fonctionne pas en 2000. Quant à monsieur B, il a commandé en 1995 un système dans le but d'organiser un cycle de cinq expositions annuelles, et constate furieux que son système est incapable de gérer la dernière foire du cycle.

L'importance de l'investissement, tant au niveau quantitatif (montant) que qualitatif (bien vital ou non au fonctionnement de l'entreprise de l'utilisateur), n'est pas négligeable. Là où un bien extrêmement onéreux, vital pour l'entreprise, acquis en 1990 au prix de gros sacrifices financiers, pourra éventuellement justifier une mise en garde, il n'en ira pas de même de la livraison au même moment, pour un prix modique, d'une application périphérique.

L'importance quantitative de l'investissement pourra être décelée notamment dans la manière dont l'utilisateur l'a amorti. Ce critère important n'est toutefois pas déterminant. Oserait-on contester que bien souvent les considérations fiscales priment les raisons techniques ?

La position de la concurrence est sans conteste un élément d'une très grande importance : celle-ci avait-elle majoritairement prévu à l'époque le passage à l'an 2000 ? Dans l'affirmative, il est plus probable que le fournisseur d'un système incapable de franchir le millénaire devait alors mettre en garde son client²⁴.

²³ Monsieur C. Le Stanc écrit ainsi qu'il lui "*semble que la barre pourrait être fixée à l'année 1995 en raison de l'obsolescence des logiciels et de leur durée de vie estimée généralement non supérieure à cinq ou six ans. A preuve dans cette direction, la durée des amortissements de ce type de bien*" (C. Le Stanc, *Le logiciel au 1^{er} janvier 2000*, Lamy – droit de l'informatique, janvier 1997, éd. Lamy, Paris, p. 1).

²⁴ Ce point promet des débats interminables. Lors d'un colloque organisé en France par l'Agence pour la Protection des Programmes (APP), un gros fournisseur d'informatique bancaire certifiait que ses logiciels étaient codés sur quatre chiffres depuis 1990. En réponse, des voix se sont élevées pour signaler que l'argument est peu pertinent : d'une part il serait plus facile de lancer en 1990 un nouveau logiciel compatible plutôt que de corriger un logiciel

On l'oublie souvent, mais la position des concurrents de l'utilisateur est également un élément important : ceux-ci avaient-ils à l'époque compris l'importance de l'an 2000 et orienté leur choix en fonction notamment de ce critère ? Dans l'affirmative, l'utilisateur imprudent risque de regretter son manque de discernement et sa confiance aveugle dans son fournisseur.

Le délai imposé au fournisseur doit être pris en compte : l'obligation de conseil est allégée lorsque l'utilisateur, bloqué en situation critique par suite d'une défaillance d'une ancienne installation, appelle à la rescousse le fournisseur en lui demandant une intervention urgente. On sait le cas fréquent en informatique. Il est toutefois évident que l'urgence n'est pas un blanc-seing libérant le fournisseur de toute obligation, mais juste un allègement de ses charges, notamment en ce qui concerne l'étude des besoins à long terme.

Enfin, nous terminerons en nous dissociant de ceux qui écartent toute obligation d'information au motif que la survenance de l'an 2000 est un événement certain, connu de tous. Certes le fournisseur n'a pas à rappeler à l'utilisateur qu'un jour viendra où nous changerons de millénaire, mais il lui appartient, le cas échéant, d'attirer son attention sur les implications et conséquences de ce changement sur le fonctionnement du bien faisant l'objet du contrat.

L'APPLICATION PRATIQUE PAR LE TRIBUNAL DE COMMERCE DE CRÉTEIL

Un jugement du 16 juin 1998 du tribunal de commerce de Créteil²⁵ a fait une application remarquable de ces principes. Les faits peuvent être résumés comme suit²⁶ : la société Appel 24/24 gère un service de secrétariat permanent, tâche qu'elle exerce notamment grâce à un centre serveur informatisé. Dans ce but, elle a contracté à plusieurs reprises depuis 1988, et pour l'essentiel en 1991, avec la société Novatel. Par lettre du 11 février 1997, cette dernière signalait que le logiciel utilisé dénommé "Novatel 3000" n'est pas apte à franchir l'an 2000, tout en indiquant que moyennant la conclusion d'un contrat de maintenance de cinq ans et une mise à niveau, le problème peut être résolu. Appel 24/24 présentait la particularité d'avoir mis à disposition de Novatel une personne pour la mise au point d'un logiciel de secrétariat.

Un grand nombre de mesures provisoires ont été demandées dans le cadre de diverses décisions interlocutoires. Poursuivant au fond, Appel 24/24 a demandé la condamnation de la défenderesse à installer sous astreinte les correctifs nécessaires, ou subsidiairement de communiquer le code source du programme pour lui permettre de charger quelqu'un d'autre de la mission.

Comme premier fondement de sa demande, Appel 24/24 invoquait un manquement à l'obligation de conseil, reprochant à Novatel de ne pas lui avoir signalé en 1991 que le logiciel était inapte à franchir l'an 2000. Sur ce point précis, le jugement commence par rappeler que l'obligation de

performant existant, et d'autre part la nature du logiciel (système global ou application) serait plus déterminante que la date.

²⁵ Affaire Appel 24/24 / Novatel et Sema Group, Comm. Créteil (France), 16/6/1998, non publié à ce jour, disponible sur le site web de Juriscom à <http://www.juriscom.net>

²⁶ Voir également résumé et commentaires à <http://www.droit-technologie.org> (rubrique "actualités" du mois de novembre 1998).

conseil doit s'apprécier en fonction des capacités des parties. Ensuite vu les caractéristiques des faits propres à cette cause, le magistrat a estimé qu'il n'y avait pas eu de manquement :

Attendu que si, de façon générale, un devoir de conseil pèse sur tout professionnel, même en dehors du contrat de vente, et dès lors même qu'il s'agit d'une simple prestation de services, il est également acquis que ce devoir ne s'impose que vis-à-vis d'une clientèle non avertie ;

Qu'il n'est pas contesté qu'Appel 24/24 utilisait de longue date l'informatique et qu'elle a participé en 1992 à la mise au point d'un logiciel ; que sans être aussi qualifiée que Novatel Communication en la matière, elle ne pouvait être que consciente que les possibilités du progiciel qui lui était nécessaire devaient permettre de tenir des agendas professionnels pour un avenir éloigné.

Plus loin, se penchant sur un éventuel vice de la chose, le tribunal va illustrer toute l'importance de la situation des produits concurrents, relevant que la demanderesse "n'établit pas qu'à l'époque, il existait sur le marché des logiciels assurant le passage à l'an 2000, qui conforteraient l'existence d'un vice de Serveur 3000 par comparaison aux produits similaires de la concurrence".

Remarquable parce qu'à notre connaissance elle est la première en France, cette décision a refusé de reconnaître une violation de l'obligation de conseil en tirant argument des connaissances particulières de la demanderesse, et rappelant qu'elle avait aidé à concevoir un logiciel spécifique de secrétariat. *A contrario*, la décision confirme que devant des faits différents, le magistrat aurait pu apprécier la demande en sens contraire.

CONCLUSION

Parce qu'il apparaît simple – apparence trompeuse ! – le régime précontractuel est souvent invoqué par les plaignants. En matière informatique il y est plus fréquemment encore fait appel, dans la mesure où le caractère technique de la matière se prête à merveille à l'obligation de conseil. En outre, la réparation en nature qu'il est possible d'obtenir convient parfaitement à la problématique posée par le bogue de l'an 2000.

Si comme les spécialistes le prévoient, les juristes peuvent se préparer au procès du siècle²⁷, il ne fait aucun doute que le devoir de conseil – pour résumer ainsi les nombreuses facettes du problème – se placera en bonne place au hit-parade des arguments invoqués. Comme nous l'avons relevé, il appartiendra aux plaignants de préparer un solide dossier, tant les faits de chaque cas seront déterminants, à charge pour le juge de trancher en évitant de tomber par facilité dans le piège de la date pivot.

²⁷ Journal Le Soir, Bruxelles, 25 juillet 1998.

LES ARGUMENTS TIRÉS DE LA FORMATION DU CONTRAT

L'article 1108 du code civil énonce les quatre conditions essentielles de validité des contrats : (i) le consentement de la partie qui s'oblige, (ii) sa capacité de contracter, (iii) un objet certain qui forme la matière de l'engagement, et (iv) une cause licite dans l'obligation. Les articles 1109 à 1133 analysent et détaillent successivement ces quatre conditions. Nous n'analyserons que les règles relatives au consentement, parce qu'elles seront plus probablement la source de nombreux litiges impliquant l'an 2000. Par application des articles 1109 à 1122, le consentement peut être vicié à la suite d'une lésion, d'un dol ou d'une erreur.

Conformément à l'enseignement de la Cour de cassation²⁸, les conditions de validité doivent être appréciées au moment de la formation du contrat ; c'est à cet instant qu'elles doivent être présentes, bien que le juge puisse tenir compte d'éléments postérieurs pour établir leur existence à ce moment. Cette particularité est essentielle dans la matière qui nous occupe.

Se pose alors la question du moment de la formation du contrat, qui a lieu lors de la rencontre entre l'offre (émission définitive de la volonté d'une des parties précisant les éléments essentiels du contrat à conclure²⁹) et l'acceptation. Nous n'aborderons pas dans le cadre de cette étude les innombrables questions relatives au caractère définitif ou non de l'offre, à la nature des éléments essentiels du contrat qui doivent y figurer, à son caractère éventuellement liant, à sa durée de validité, à la forme de l'acceptation, etc. et renvoyons à la meilleure doctrine³⁰. Confronté à un problème informatique dans lequel il est fréquent que plusieurs offres successives soient émises à des dates parfois éloignées dans le temps, il faudra toutefois nécessairement déterminer le moment de la rencontre des consentements.

LA LÉSION

La lésion est définie comme le "*préjudice pécuniaire résultant d'un déséquilibre ou d'un défaut d'équivalence entre les prestations contractuelles*"³¹. Conformément à l'article 1118 du code civil, elle ne vicie les conventions que dans certains contrats³² ou à l'égard de certaines personnes. Les contrats informatiques ne sont pas visés. A notre connaissance, il n'existe pas de décision de justice ayant appliqué la lésion à un contrat informatique.

LE DOL

²⁸ Cass., 11 avril 1991, Pas., 1991, I, p. 726.

²⁹ S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, Chronique de jurisprudence : les obligations, J.T., 1996, p. 689, et spéc, n° 73.

³⁰ Idem.

³¹ J.P. Buyle, L. Lanoye, Y. Pouillet et V. Willems, Chronique de jurisprudence : l'informatique, J.T., 1996, p. 205, et spéc. n° 6.

³² Principalement les opérations immobilières et le partage.

Par application de l'article 1116 du code civil, la victime de manœuvres dolosives n'obtiendra la nullité du contrat que si (i) elle prouve ces manœuvres, et (ii) qu'elle établit que sans celles-ci elle n'aurait pas contracté.

Les manœuvres peuvent constituer en une simple réticence dolosive : en ce cas, c'est le silence opposé à dessein par le fournisseur qui est fautif.

Une faute volontaire est bien entendu constitutive de dol. Le dol ne suppose pas pour autant l'intention de nuire à son cocontractant³³. M. Van Ommeslaghe suggère de tenir pour dolosive la faute résultant d'une violation volontaire d'une obligation, pour autant que le responsable ait eu conscience du préjudice qui devait normalement en résulter pour autrui, et ait néanmoins persisté dans son comportement fautif³⁴.

Nous n'aborderons pas le sujet plus avant dans la mesure où ses applications sont rares : d'une part il est heureusement exceptionnel de rencontrer autant de mauvaise foi dans le cours des affaires, et d'autre part les problèmes de preuve que la victime rencontre sont souvent dissuasifs. Précisons seulement que si la victime du bogue peut établir qu'elle a expressément posé la question de la compatibilité avant de s'engager, et que c'est par un mensonge ou un silence coupable que le fournisseur a obtenu son accord, il n'y a pas de raison que la nullité ne soit pas prononcée. Nous verrons toutefois au titre des sanctions qu'il est douteux que la victime trouve beaucoup de satisfaction dans la nullité qu'elle obtiendra le cas échéant.

L'ERREUR

LES CONDITIONS DE LA RECONNAISSANCE DE L'ERREUR

Pour constituer un vice du consentement, l'erreur doit remplir trois conditions : (i) porter sur une qualité substantielle, (ii) être commune, (iii) être excusable.

L'article 1110 du code civil précise que l'erreur n'est une cause de nullité que "*lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet*". Il appartient donc à la victime du bogue à prouver que la compatibilité avec l'an 2000 était une qualité substantielle du bien faisant l'objet du contrat, c'est-à-dire un élément ou une qualité l'ayant déterminé principalement à contracter, en sorte que si elle avait eu connaissance de l'erreur elle n'aurait pas conclu³⁵.

Le caractère commun de l'erreur n'implique pas qu'elle doit être commise par les deux parties, mais que les deux parties, ou la généralité des personnes, considèrent que l'élément sur lequel elle porte est substantiel eu égard à la nature du contrat envisagé. La victime devra donc

³³ Cass., 23 novembre 1911, Pas., I, p. 556. La cour relève que le juge peut tenir pour dolosifs certains comportements accomplis, "*sinon avec l'intention de nuire, du moins sciemment*". C'est donc le caractère accepté du dommage qui est fautif, plutôt que l'aspect volontaire de la démarche.

³⁴ P. Van Ommeslaghe, Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, in Les obligations en droit français et en droit belge : convergences et divergences, Bruylant & Dalloz, Bruxelles, 1994, p. 191. L'auteur y passe en revue toutes les opinions contraires et divergentes ; nous renvoyons à son étude.

³⁵ Cass., 27 octobre 1995, J.T., 1996, p. 61.

convaincre le juge que le caractère substantiel de l'élément sur lequel porte l'erreur n'est pas purement subjectif dans son chef. La motivation d'une partie n'est en effet pas "commune", sauf convention contraire. L'erreur portant sur la motivation d'une partie ne vicie pas son consentement au sens de l'article 1110, sauf si elle avait précisé ses motifs et le caractère essentiel de ceux-ci³⁶. Il va de soi que la partie à qui on oppose la nullité n'acceptera qu'exceptionnellement de reconnaître le caractère commun. Pour cette raison, le juge peut déplacer son appréciation du strict champ contractuel pour tenir compte de la manière dont la généralité des personnes aurait apprécié le caractère substantiel ou pas de l'élément litigieux.

L'utilisateur imprudent supporte le risque de son erreur ; il est inexcusable³⁷. C'est donc par un raisonnement inverse que la jurisprudence procède : est inexcusable l'erreur qui n'aurait pas été commise par un homme normalement raisonnable³⁸ ; les autres sont excusables. Quant à l'homme normalement raisonnable, il s'agit du "bon père de famille" placé dans la même situation que l'utilisateur.

APPLICATION AU BOGUE DE L'AN 2000

La mission de la victime n'est pas simple : prouver que l'incompatibilité avec l'an 2000 constitue une erreur substantielle, commune, et excusable, relèvera du parcours du combattant.

La doctrine est unanime pour relever que la preuve est d'autant plus difficile à rapporter que la formation du contrat est ancienne. On rappelle en effet que c'est à ce moment qu'il faut se placer, et non au moment où l'inadéquation à négocier le nouveau millénaire est révélée. En ce qui concerne plus spécifiquement le caractère substantiel, il faudra donc que la victime établisse que prévenue à ce moment de l'incompatibilité à franchir le millénaire, elle aurait renoncé. Entre les deux, plusieurs années de jouissance paisible ont pu s'écouler qui jouent bien entendu contre l'utilisateur³⁹.

Le juge saisi d'une demande de nullité aura égard à tous les éléments ayant entouré la formation du contrat ; il s'agira donc à nouveau principalement d'une question de faits. Nous renvoyons aux balises citées *supra* en matière d'obligation précontractuelle de conseil.

LA SANCTION DES VICES DE CONSENTEMENT

³⁶ Voy. Liège, 10 mars 1992, JLMB, 1993, p. 1085 et note B. Hanotiau.

³⁷ *Idem*.

³⁸ L'arrêt de principe de la Cour de cassation du 6 janvier 1944 (Pas., I, p. 133) énonce qu'il "*fut constamment entendu que la loi ne venait au secours de celui qui commet une erreur que pour autant que celle-ci fut le fait d'un homme raisonnable*". Les arrêts ultérieurs confirment cette position : Cass., 13 février 1978, Pas., 1978, I, p. 19 ; Cass., 20 avril 1978, Pas., 1978, I, p. 133.

³⁹ E. Montero, Les programmes d'ordinateur et le passage à l'an 2000, J.T., 1998, p. 370 ; C. Le Stanc, Le logiciel au 1^{er} janvier 2000, Lamy – droit de l'informatique, janvier 1997, éd. Lamy, Paris, p. 2 ; Passage à l'an 2000 : le Syntec donne l'analyse juridique des SSII, Expertises, février 1998, n° 212, p. 5 ; S. Rozenfeld, Passage à l'an 2000 ses systèmes d'informations – Une solution possible : l'obligation de conseil, Expertises, déc. 1997, n° 210, p. 376.

Quel que soit le vice de consentement invoqué, l'utilisateur bien conseillé doit réfléchir attentivement aux conséquences de son action. En effet, s'il reconnaît l'erreur, le juge ne peut qu'ordonner la nullité du contrat, en remettant dans la mesure du possible les parties dans la situation qui était la leur avant de conclure : d'un côté la restitution du bien ayant fait l'objet du contrat, et d'un autre côté remboursement du prix, éventuellement sous déduction d'une indemnité pour l'utilisation faite dans l'intervalle. Il n'est donc pas certain que l'utilisateur trouve son compte dans cette nullité, et encore moins que cela l'aide à remédier aux problèmes provoqués par l'incompatibilité !

Si, outre la nullité, l'utilisateur souhaite obtenir des dommages et intérêts, voire la prise en charge intégrale du dommage ou la mise à niveau aux frais du fournisseur, il devra établir indépendamment de l'erreur une faute dans le chef du fournisseur.

LES ARGUMENTS TIRÉS DU BIEN FAISANT L'OBJET DU CONTRAT

Sur la ligne du temps, le devoir de conseil et les vices du consentement touchent respectivement à la phase précontractuelle et au moment précis de la formation du contrat. Très logiquement, les parties entrent ensuite dans la phase de l'exécution dont le premier aspect est la livraison d'un bien *(i)* conforme et *(ii)* exempt de vice. Quoique ces deux conditions relèvent donc juridiquement de l'exécution du contrat, elles sont à ce point liées au bien qui en fait l'objet qu'elles justifient un chapitre distinct.

L'OBLIGATION DE DÉLIVRANCE D'UN BIEN CONFORME

CONTENU DE L'OBLIGATION DE CONFORMITÉ

Le fournisseur doit livrer un objet conforme ; la conformité s'apprécie au moment de la délivrance. Sous cette phrase en forme de lapalissade, se cache une matière d'une énorme complexité.

Le bien livré doit être techniquement conforme, c'est-à-dire qu'il faut une concordance entre ce qui est livré et ce qui fait l'objet du contrat. Par exemple, il va de soi que la livraison d'un traitement de textes n'est pas conforme si c'est une application comptable qui a été commandée. En pratique les choses sont rarement aussi claires.

Dépassant le cadre étroit de la conformité technique, doctrine et jurisprudence migrent de plus en plus vers la théorie de la conformité fonctionnelle : le matériel livré doit correspondre aux besoins réels du client⁴⁰.

Tout le problème réside dans l'appréhension des "besoins réels". Ces besoins sont avant tout ceux qui sont exprimés par le client, de sorte qu'il est important qu'il les définisse avec soin et précision. En cas de formulation incomplète, imprécise ou erronée, certains considèrent que l'utilisateur pourrait invoquer dans le cadre d'une action en défaut de conformité, un manquement du fournisseur à son obligation précontractuelle de renseignement, comprise en ce cas comme le devoir de fournir une solution "adéquate". Un pont serait ainsi jeté entre les devoirs de conseil et de conformité, comme a pu le suggérer une décision abondamment commentée du tribunal civil de Bruxelles⁴¹. En l'espèce, après expertise judiciaire, il était apparu que le système complexe qui avait été livré comportait de nombreux défauts, tant au niveau du logiciel de base que des périphériques (imprimantes). Constatant que les protestations du client démontraient l'absence d'agrément, le tribunal a prononcé la résolution du contrat sur pied de l'article 1610 du code civil (défaut de conformité), alors que les attendus reprochaient au fournisseur d'avoir manqué à son obligation de conseil en répondant simplement au cahier des charges sans enquêter plus avant sur les besoins réels.

⁴⁰ J.P. Buyle, L. Lanoye, Y. Pouillet et V. Willems, Chronique de jurisprudence : l'informatique, J.T., 1996, p. 210, et spéc. n° 19.

⁴¹ B. Lejeune, Devoir de conseil et obligation de délivrance du fournisseur en informatique, note sous Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, R.R.D., 1989, p. 517.

Dans la foulée, certains auteurs en sont venus à s'interroger sur l'équivalence entre le conseil adéquat et la conformité⁴². Nous ne sommes pas convaincus par cette identité de contenu, qui repose à la base sur une définition trop extensive de l'obligation précontractuelle de conseil, prétendument comprise comme l'obligation de fournir une solution adéquate⁴³. Le repêchage pratiqué par le jugement commenté n'a en effet de sens que si on a recours à cette notion. Nous regrettons d'autant plus cette vision des choses que d'autres moyens permettent d'arriver à un résultat semblable sans dénaturer l'obligation précontractuelle de conseil. Ainsi, l'utilisateur mécontent pourrait défendre l'idée qu'il n'aurait pas conclu s'il avait eu connaissance des performances exactes du système, et invoquer un vice du consentement.

MISE EN ŒUVRE DE L'OBLIGATION DE CONFORMITÉ

Certains défauts de conformité sont aisément décelables moyennant l'examen rapide qui a lieu lors de la livraison. C'est en principe le cas des vérifications relatives à la conformité technique.

Le problème est plus complexe, surtout en matière informatique, pour ce qui concerne la conformité fonctionnelle, pour laquelle la vérification est souvent différée par rapport à la délivrance en raison de la longueur et du nombre de tests nécessaires pour un système complexe. La pratique a donc dégagé un contrôle de conformité en deux temps, selon que les vices sont apparents ou cachés.

Dès la délivrance débute la réception provisoire ; l'utilisateur dispose alors d'une période pendant laquelle il lui appartient de protester pour les vices apparents. Sauf disposition contractuelle⁴⁴, la longueur de cette période n'est pas fixe et varie en fonction de l'objet du contrat et du défaut allégué. A l'issue de cette période, la réception définitive est acquise ; c'est l'agrégation du bien livré. Plus aucun vice apparent ne peut ensuite être invoqué, ou à tout le moins l'utilisateur est réputé avoir renoncé à s'en prévaloir. Il est rare que la réception définitive soit expresse et formalisée dans un *instrumentum* spécifique : le plus souvent, elle sera tacite et se déduira des circonstances qui entourent l'utilisation du système livré. A juste titre, la cour d'appel de Liège a confirmé la validité de la réception tacite dans une affaire dans laquelle le client avait commencé à encoder des données dans le système⁴⁵.

Les auteurs se querellent sur le sort des vices cachés de conformité, c'est-à-dire les vices de conformité que l'utilisateur normalement diligent et attentif ne pouvait pas déceler dans le cadre de la procédure de réception.

⁴² B. Lejeune, Devoir de conseil et obligation de délivrance du fournisseur en informatique, note sous Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, R.R.D., 1989, p. 517.

⁴³ Cfr. le chapitre consacré à l'obligation précontractuelle de conseil.

⁴⁴ Cfr. le chapitre consacré aux clauses exonératoires et limitatives de responsabilité.

⁴⁵ Liège, 11 février 1993, D.I.T., 1993/1994, p. 56, cité dans E. Davio & E. Montero, Guides juridiques de l'entreprise : aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise, 2^{ème} éd., Kluwer, Diegem, p. 37.

Certains considèrent que *"les chances de succès d'une action en défaut de conformité intentée après réception du logiciel sont réduites"*⁴⁶. Ils s'appuient sur les arrêts de la Cour de cassation⁴⁷ consacrant en matière de vente la théorie des vices cachés fonctionnels : il y a vice caché si la chose vendue, bien qu'exempte de tout défaut intrinsèque, ne répond pas à l'usage que l'acheteur avait en vue. L'action intentée après la réception se base en ce cas sur la garantie des vices cachés plutôt que sur un défaut de conformité.

D'autres considèrent au contraire que les vices cachés de conformité peuvent être invoqués après l'agrément, sous deux conditions : que (i) le défaut ait été indécélable dans le cadre de la procédure d'agrément, et que (ii) l'utilisateur ait protesté dès que le défaut s'est révélé ou à tout le moins dès qu'il en a eu connaissance ou qu'il aurait du en avoir connaissance⁴⁸. Les tenants de la seconde thèse reprochent à la Cour de cassation de mélanger les litiges impliquant les qualités intrinsèques du bien (garantie contre les vices cachés), et ceux mettant en cause l'aptitude du bien à répondre aux besoins du client (défaut de conformité).

Dans la mesure où la Cour de cassation est majoritairement suivie par les juridictions de fond, la querelle semble purement académique. Il n'en est pourtant rien : l'action en garantie requiert la preuve difficile en pratique de l'existence du vice (fût-ce en germe) au moment de la livraison, alors que l'action en défaut de conformité pourrait être intentée après la révélation du défaut sans autre considération quant à sa genèse.

APPLICATION AU BOGUE DE L'AN 2000

Sauf revirement de jurisprudence de notre cour suprême, le recours basé sur le vice caché de conformité d'un système dont la réception définitive est acquise a peu de chance d'être favorablement accueilli.

En ce qui concerne les systèmes dont la réception définitive n'est pas encore acquise (par exemple parce qu'ils ont été livrés récemment), la réponse nous semble plus nuancée. Nul ne peut prétendre aujourd'hui être dans l'ignorance du bogue de l'an 2000. Dans ces conditions, nous considérons qu'il appartient au titulaire d'un système en cours d'agrément d'effectuer sans tarder un test spécifique sur ce point, et de protester ou d'émettre des réserves en cas de plantage. A défaut, il risque de se voir opposer sa propre carence dont on pourra déduire qu'il ne considère pas le bogue comme un défaut, ou qu'il a renoncé à s'en prévaloir.

Enfin, à supposer que la demande ait quelque chance de succès, encore faudra-t-il établir que l'incompatibilité à franchir le millénaire est un vice de conformité, en d'autres termes que le bien livré ne répond pas aux besoins exprimés par le client, ou à ses besoins réels que le fournisseur

⁴⁶ T. Van overstraeten, Le problème de l'an 2000 : les recours contractuels, Actes du colloque organisé par Info Topics à Diegem le 21 octobre 1998, p. 13.

⁴⁷ Cass., 18 novembre 1971, Pas., 1972, I, p. 258 ; Cass., 19 juin 1980, Pas., 1980, I, p. 1295 ; Cass., 17 mai 1984, Pas., 1984, I, p. 1128.

⁴⁸ L. Simont, La notion fonctionnelle du vice caché : un faux problème, in Hommage à René Dekers, 1982, p. 338, cité par T. Van overstraeten, Le problème de l'an 2000 : les recours contractuels, Actes du colloque organisé par Info Topics à Diegem le 21 octobre 1998.

aurait du détecter. A nouveau il n'existe aucune réponse toute faite, et on se reportera utilement aux balises proposées ci-dessus, en insistant sur la notion de durée prévisible de fonctionnement. Lorsque, parmi les besoins exprimés par le client, figure une durée d'utilisation qui vient à échéance après l'an 2000 (par exemple 6 ans pour un système commandé et livré en 1995), le vice a de bonnes chances d'être retenu. En l'absence de précision à cet égard, le besoin réel du client devra être cerné *a posteriori*, ainsi que l'éventuelle carence du fournisseur de ne l'avoir pas compris. Si aucun élément particulier ne permet d'isoler un besoin spécifique du client, c'est à la notion de durée prévisible moyenne d'un équipement similaire qu'il faudra avoir recours.

LA GARANTIE CONTRE LES VICES CACHÉS

L'IMPORTANCE DE LA QUALIFICATION DU CONTRAT EN MATIÈRE DE VICES CACHÉS

L'éventuelle garantie pour vice caché dépend, tant dans son principe que dans ses conditions de mise en œuvre, de la qualification qui est donnée au contrat : vente, louage d'ouvrage, louage de chose, contrat *sui generis*, etc. La démarche de qualification, c'est-à-dire le fait de rattacher le contrat à une catégorie existante ou à défaut d'en faire un contrat *sui generis*, est donc particulièrement importante.

Conformément à l'article 1134 du code civil, "*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*". Cette liberté s'étend à la qualification du contrat. Néanmoins, que les parties omettent de qualifier la convention, qu'elles se trompent dans la démarche, ou que l'une d'elle – généralement la plus puissante qui est souvent celle qui rédige le contrat – annonce une qualification anormale eu égard aux prestations, et le juge pourra prudemment procéder à une requalification⁴⁹.

LA QUALIFICATION DE QUELQUES CONTRATS INFORMATIQUES

La fourniture de matériel *hardware*

L'article 1582 du code civil définit la vente comme la "*convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer*". Cette disposition ne permet malheureusement pas de mettre l'accent sur un des éléments essentiels d'une vente au sens juridique du terme : le transfert de propriété⁵⁰. Il est en effet unanimement admis qu'à défaut de transfert de propriété, une convention ne peut pas être qualifiée de vente⁵¹.

⁴⁹ La requalification est une démarche rare et difficile qui ne peut se faire que dans le respect du droit de la défense. En tant que dérogation au principe fondamental de l'autonomie de la volonté, elle doit rester exceptionnelle. Voy. J. van Compernelle, L'office du juge et le fondement du litige, note sous Cass., 24 novembre 1978, R.C.J.B., 1982, p. 14 ; E. Krings, L'office du juge dans la direction du procès, J.T., 1983, p. 513.

⁵⁰ Voy. à cet égard Y. Merchiers, La vente, Dossiers du Journal des Tribunaux, Larcier, Bruxelles, 1997, p.3.

⁵¹ J. Ghestin et B. Desche, La vente, L.G.D.J., Paris, 1990, p. 45.

Par application de ce qui précède, le contrat par lequel un client acquiert une boîte de disquettes vierges en échange du paiement du prix est en principe une vente.

A priori il en va de même pour un clavier, un écran, une souris, etc. Il est clair que le client se considère comme plein propriétaire du *hardware* qu'il vient d'acquérir : c'est "à lui" et il entend en disposer comme un propriétaire le ferait, c'est-à-dire à sa guise. Pourtant, le clavier ne sert à rien si le *driver* adéquat n'est pas fourni en même temps. Or, ce *driver* est un logiciel dont la propriété n'est pas transférée : seule une licence d'utilisation est accordée. Cette particularité fait-elle sortir la transaction du champ de la vente ? Dans un exemple aussi simple, nous ne le pensons pas. Le *driver* est remis comme accessoire du clavier, conformément à l'article 1615 du code civil qui oblige la livraison "*des accessoires et de tout ce qui a été destiné à l'usage perpétuel*" de la chose vendue.

Il en ira fréquemment autrement, et souvent on assistera à un contrat complexe dans lequel divers régimes coexistent. Quel est par exemple l'élément principal et l'accessoire dans le cas d'une "vente" d'un microphone et haut-parleur, livrés avec un logiciel de gestion des appels téléphoniques via l'ordinateur ? La question est pourtant essentielle : dans l'hypothèse où une installation en principe compatible avec l'an 2000 se plante malgré tout à la date fatidique à cause d'une défaillance du logiciel qui accompagne le *hardware*, le régime des vices cachés applicable à la vente ne pourra être invoqué que si le logiciel a été remis comme accessoire dans le cadre d'une vente au sens juridique.

La fourniture clé en main

La fourniture clé en main se définit comme le contrat par lequel le fournisseur s'engage à étudier, concevoir, fournir et installer une infrastructure (*hardware* et/ou *software*). Du point de vue de l'utilisateur, la demande porte donc sur une solution plutôt que sur un système : c'est d'avantage le résultat final qui l'intéresse que le cheminement technique ou les moyens pour y arriver.

Certains y voient une vente, en se basant précisément sur la démarche suivie par le client : il achète une solution, une enveloppe fermée dont il ne se soucie pas du contenu⁵². Les tenants de cette thèse insistent sur le fait que l'utilisateur n'est pas un maître d'œuvre puisqu'il se désintéresse des moyens utilisés. L'argument psychologique est certes pertinent, mais pas déterminant : nul texte ou arrêt ne fait figurer le *psyche* du client parmi les conditions essentielles de la vente ; la mutation de propriété, par contre, compte au nombre de celles-ci et fera souvent défaut⁵³.

D'autres classent le contrat parmi le louage d'entreprise, en raison de l'importance du savoir-faire nécessaire⁵⁴. Nous ne sommes pas convaincus non plus, dans la mesure où l'on voit

⁵² Voy. dans ce sens G. Viney, La responsabilité des entreprises prestataires de conseils, J.C.P., 1975, I, 2750, n° 39.

⁵³ Autre chose est de faire intervenir l'état d'esprit du client dans le cadre d'un débat sur la validité de son consentement.

⁵⁴ E. Davio & E. Montero, Guides juridiques de l'entreprise : aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise, 2^{ème} éd., Kluwer, Diegem, p. 30.

quotidiennement dans la pratique des contrats clé en main dans lesquels la part de savoir-faire est extrêmement limitée et la fourniture de biens matériels prédominante.

Nous préférons la qualification de contrat complexe évoquée ci-après.

Le développement d'un logiciel sur mesure

Ce type d'opération est assez proche du contrat clé en main, si ce n'est qu'il ne porte que sur l'aspect logiciel. L'aspect matériel est généralement minimale (généralement limité au support physique du logiciel), alors que le savoir-faire est réel.

La qualification de louage d'ouvrage sera le plus souvent retenue⁵⁵. Ce contrat est en effet défini par l'article 1710 du code civil comme celui par lequel *"une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles"*. De cette disposition transparaît toute l'importance de la prestation de la personne, qu'elle soit physique ou morale. E. Davio et E. Montero ajoutent que cette analyse est confortée par l'importance minimale de la matière fournie, ainsi que par la jurisprudence rendue en matière de propriété intellectuelle⁵⁶.

Nous souhaitons toutefois élargir le débat. Il arrive, surtout pour des applications lourdes et coûteuses, que le concepteur se défasse au profit du client de tous les droits cessibles qu'il aurait pu acquérir sur le logiciel, et lui confère même tous les droits d'exploitation. En ce cas, la mutation de propriété pourra être présente et la qualification de vente retenue. En effet, la nature incorporelle du bien vendu n'est aucunement un frein à la vente.

La location d'un système

Le louage de chose est défini par l'article 1709 du code civil comme *"le contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer"*. Le louage de chose se caractérise donc toujours par trois conditions au moins : (i) la durée (qui peut être indéterminée), (ii) le prix, et (iii) la jouissance (droit personnel d'utilisation du bien).

A l'origine le louage informatique était surtout pratiqué pour des raisons financières : il permettait de morceler une dépense parfois considérable. Avec la baisse des prix et le développement de produits financiers alternatifs (leasing informatique par exemple), la motivation a changé. Il s'agit aujourd'hui de disposer d'un système qui évolue constamment au fur et à mesure des découvertes techniques : contractuellement le loueur s'engage à actualiser le bien à intervalles réguliers pour le maintenir à la pointe du progrès.

⁵⁵ Ph. & M.A. Flamme, le contrat d'entreprise, Larcier, Bruxelles, 1991, p. 13.

⁵⁶ E. Davio & E. Montero, Guides juridiques de l'entreprise : aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise, 2^{ème} éd., Kluwer, Diegem, p. 29 ; F. Toubol, Le logiciel. Analyse juridique, Feduci, L.G.D.J., Paris, 1986, p. 117, n° 139 et références citées.

Très proche de certains contrats de maintenance, la formule diverge toutefois dans la mesure où la location octroie toujours un véritable droit personnel d'utilisation du bien, notion qui peut faire défaut dans les contrats de maintenance.

Le contrat de conseil informatique

Le contrat de conseil informatique fait de l'information et du conseil les objets principaux du contrat. Sa nature n'est pas discutable : il s'agit d'un contrat d'entreprise⁵⁷.

Les opérations complexes

Très souvent, la prestation globale ne pourra que difficilement recevoir une qualification unique : à l'instar d'une publicité célèbre, on y trouvera "un peu de tout".

Si l'on peut déceler une prestation caractéristique – prépondérante – dont les autres apparaîtraient en quelque sorte comme l'accessoire, il faudra attribuer une qualification unique correspondant à celle-ci. Il n'existe pas de seuil au-delà duquel une prestation est caractéristique, et la pratique donne souvent lieu à des débats interminables sur ce point. Rappelons qu'une prestation majoritaire n'est pas nécessairement caractéristique.

Dans la démarche d'analyse pour dégager l'importance des prestations, on retiendra des critères comme : la valeur économique, l'importance du travail, la motivation des parties et leur commune intention, la valeur de revente, etc. Aucun critère n'est absolu, et c'est un faisceau d'indices qui permettra de trancher. Le débat est classique en droit des sûretés, les entrepreneurs essayant régulièrement de qualifier de vente une opération qui s'en éloigne parfois, dans le but de jouir du privilège que la loi attache au vendeur d'effet mobilier. Nous renvoyons aux ouvrages spécialisés⁵⁸.

A défaut de prestation caractéristique, il nous semble que la seule solution praticable consiste à affirmer une pluralité de régime, et faire une application distributive des règles en fonction de l'origine du manquement⁵⁹.

La fourniture d'un logiciel standard

⁵⁷ J.L. Fagnart, Le contrat de conseil informatique, in Droit de l'informatique : enjeux et nouvelles responsabilités, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 1993, p. 304.

⁵⁸ Ph. & M.A. Flamme, le contrat d'entreprise, Larquier, Bruxelles, 1991, p. 14 ; F. T Kint, Droit des sûretés, Larquier, Bruxelles, 1996.

⁵⁹ E. Davio & E. Montero, Guides juridiques de l'entreprise : aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise, 2^{ème} éd., Kluwer, Diegem, p. 30 se prononcent également en ce sens.

Hypothèse extrêmement fréquente, elle vise la fourniture contre paiement d'un logiciel standard développé en série par un constructeur, et implique souvent un détaillant qui agit comme intermédiaire. La qualification de cette opération est une pomme de discorde éternelle entre auteurs ; elle ne fait pas non plus l'unanimité en jurisprudence.

Dans la pratique, la fourniture d'un logiciel standard est presque toujours accompagnée de la conclusion d'un contrat, le plus souvent formalisé dans un *instrumentum*⁶⁰. Le contrat est fréquemment "sous plastique"⁶¹, c'est-à-dire que le consentement de l'utilisateur sur les conditions du contrat est établi par le fait de déchirer l'emballage transparent qui les fait apparaître. Le contrat est souvent aussi électronique, auquel cas la procédure d'installation du logiciel n'est possible qu'en cliquant sur l'icône confirmant l'acceptation des conditions. Sous réserve de la validité de ces contrats parfois remise en cause⁶², le respect du principe dispositif rappelé ci-dessus commande avant tout de s'y reporter dans la démarche de qualification.

Soit que la qualification ne soit pas claire, soit qu'elle soit contestée, existe-t-il une qualification par défaut ?

Incontestablement, la démarche d'acquisition suivie par l'utilisateur fait penser à une vente : il se rend chez un détaillant, déambule dans les rayons, assiste éventuellement à une démonstration, prend une boîte, passe à la caisse, règle son achat et rentre chez lui l'installer sur son système. Mis à part la nature particulière du bien, le processus est le même que lors de n'importe quelle vente, qu'il s'agisse d'une ampoule électrique, d'un bien alimentaire ou d'un livre. S'agit-il pour autant d'une vente au sens juridique du terme, c'est-à-dire d'une opération transférant la propriété sur un bien ? Doctrine et jurisprudence sont divisées⁶³, les opposants à cette qualification relevent que le fournisseur n'entend jamais aliéner son droit de propriété, mais juste céder un droit d'usage portant sur un exemplaire d'un logiciel diffusé parfois dans le monde entier.

On retient parfois la qualification de louage de chose, dont on a vu qu'il se caractérise toujours par trois conditions au moins : la durée, le prix, et la jouissance. Si le prix et la jouissance semblent présents lors de la fourniture d'un logiciel standard, la notion de durée est plus problématique. Elle sous-entend en effet toujours une restitution à l'issue de la période convenue.

⁶⁰ En droit belge un contrat est juridiquement conclu par le seul échange des consentements. Il n'est nullement besoin d'un écrit ou de tout autre support contenant les conditions de l'accord, même s'il vaut mieux se ménager un tel support à des fins de preuve. Ceci explique la distinction entre le contrat au sens de l'acte juridique, et le contrat au sens d'*instrumentum* destiné à consigner le contenu de l'acte.

⁶¹ *Shrinkwrap licence agreement*.

⁶² Cl. Girot, Validité des licences de logiciel sous plastique en droit français et comparé, D.I.T., éd. des Parques, Paris, 1998/1, p. 7.

⁶³ E. Davio & E. Montero, Guides juridiques de l'entreprise : aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise, 2^{ème} éd., Kluwer, Diegem, p. 32 et références citées. En faveur de la qualification comme vente : Lamy droit de l'informatique, 1995, p. 533, n° 816 ; Comm. Bruxelles, 11 mars 1992, J.T., 1993, p. 206 ; Comm. Charleroi, 19 janvier 1993, R.R.D., n° 68, 1993, p. 404 et note E. Montero. Contre cette qualification : P. Malaurie et L. Aynes, Droit civil. Les contrats spéciaux, 2^{ème} éd., Paris, Cujas, 1988, p. 233, n° 512 et note d'observation ; M. Vivant & A. Lucas, Chronique de droit de l'informatique, J.C.P., éd. E., 1993, p. 242 ; X. Linant de Bellefonds & A. Hollande, Les contrats informatiques, Paris, Delmas, 1984, p. 99 ; Montpellier, 2 juillet 1991, D.I.L.J., 1992, p. 42 qui relève que la "*qualification de vente donnée à une convention portant sur l'acquisition d'un logiciel standard est impropre dans la mesure où il ne s'agit que de la concession de prérogatives limitées*".

Lorsque la durée est fixée *ab initio* dans le contrat, la restitution doit avoir lieu au temps fixé ; autrement, le contrat est à durée indéterminée et le bailleur peut y mettre fin moyennant le préavis adéquat. Imagine-t-on un fournisseur écrire aux utilisateurs, dont il ne connaît bien souvent pas l'identité, que moyennant préavis de X mois il récupérera son bien ... ? Cette conséquence est pourtant inéluctable si on retient la qualification de louage de chose.

Plus rarement, l'opération est qualifiée de louage d'ouvrage. Nous ne sommes pas convaincus par la pertinence du raisonnement dans la mesure où le code civil opère la distinction entre les louages de chose et d'ouvrage en recourant à la notion de prestation effectuée par une personne physique ou morale : en effet, dans le louage d'ouvrage, *"une partie s'engage à faire quelque chose pour l'autre"* (article 1710 du code civil). On n'aperçoit pas où réside cet élément dans la fourniture d'un logiciel standard.

Aussi bien juridiquement qu'économiquement, la fourniture d'un logiciel constituera souvent une transaction complexe associant plusieurs opérations : vente d'un support (sauf transaction 100% électronique⁶⁴), octroi d'une licence d'utilisation, conclusion éventuelle d'un contrat d'assistance, d'*upgrade*, voire de maintenance, etc. Dans ce cas, les règles des contrats complexes s'appliqueront. L'analogie avec la "vente" d'un livre ou d'une cassette vidéo est parlante : vente du support, doublée d'une licence autorisant la lecture mais non la reproduction ou la modification. En ce cas, deux régimes juridiques coexistent s'il n'y a pas de prestation caractéristique.

Une anecdote ayant défrayé la chronique américaine illustre la dualité de régime. Une célèbre entreprise de films d'animation diffusait un film pour enfant en vidéo. Sur un lot de cassettes, des parents stupéfaits ont découvert qu'après le générique final, la bande magnétique poursuivait son défilement et qu'une partie de film X apparaissait ! On a ainsi découvert que les cassettes utilisées dans ce lot n'étaient pas vierges et avaient été mal effacées. Il va de soi que le film n'est affecté d'aucun vice ; seul le support l'est. La distinction est importante quant au régime applicable et l'identification du responsable.

LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ POUR VICE CACHÉ

La garantie du vendeur

L'article 1641 du code civil stipule que *"le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus"*. L'article 1643 précise que sauf clause contraire, la garantie est due quand bien même le vendeur n'aurait pas connu les vices.

⁶⁴ La fourniture via le web, en ce compris la livraison par voie électronique, représente l'un des plus grands enjeux de l'industrie du logiciel : facilité, compression des coûts, contrôle des piratages, etc. La formule semble n'avoir que des avantages aux yeux des fournisseurs qui prévoient la disparition pure et simple des supports physiques d'ici quelques années.

Un défaut intrinsèque du bien est naturellement un vice. Nous avons vu que la Cour de cassation⁶⁵ – critiquée par certains⁶⁶ – a étendu la matière au vice caché fonctionnel : pour la Cour suprême il y a vice caché si la chose vendue, bien qu'exempte de tout défaut intrinsèque, ne répond pas à l'usage que l'acheteur avait en vue. D'aucuns rappellent opportunément que l'obsolescence n'est pas un vice, pas plus que l'usure normale⁶⁷.

L'acheteur d'un bien vicié a le choix entre rendre la chose et se faire restituer le prix (action réhibitoire), ou la garder et rendre une partie du prix (action estimatoire)⁶⁸.

Le vendeur pourra également être condamné à payer des dommages et intérêts s'il est de mauvaise foi, c'est-à-dire notamment s'il avait connaissance du vice. Il nous semble qu'en ce cas une réparation en nature est également possible⁶⁹. Le vendeur professionnel est présumé connaître le vice⁷⁰. Il ne peut s'en dégager que s'il prouve son ignorance invincible, c'est-à-dire s'il démontre que toute personne normalement diligente et prudente, de même qualité que lui, aurait ignoré pareillement le vice si elle avait été placée dans les mêmes circonstances⁷¹.

Le vice doit exister, fût-ce en germe, au moment de la vente⁷². Il s'agit d'une condition unanimement reconnue et d'une importance capitale dans la matière qui nous occupe. On sait en effet que l'origine du bogue remonte à la préhistoire de l'informatique (30 ans !), lorsque la mémoire était un bien rare, précieux et cher. A l'époque, c'est au terme d'une décision mûrement réfléchie que les dates ont été codées en deux positions plutôt qu'en quatre. Ce codage est devenu à l'époque le standard du marché. Ce n'est qu'assez récemment⁷³ que ce choix a été remis en question en raison des conséquences liées au changement de millénaire.

La victime doit se replacer fictivement au moment de la vente, et démontrer qu'à cet instant l'incompatibilité est vicieuse. Le jugement du tribunal de première instance de Créteil que nous avons déjà abordé⁷⁴ a fait une application remarquable de ce principe : le vice caché n'a pas été retenu au motif que la demanderesse ne prouve pas qu'elle n'aurait pas acheté le logiciel si elle avait su à cet instant qu'il ne passerait pas le millénaire. Le tribunal conforte son appréciation en relevant qu'aucun élément n'indique qu'à l'époque les produits concurrents avaient pris en compte

⁶⁵ Cass., 18 novembre 1971, Pas., 1972, I, p. 258 ; Cass., 19 juin 1980, Pas., 1980, I, p. 1295 ; Cass., 17 mai 1984, Pas., 1984, I, p. 1128.

⁶⁶ Cfr. *supra* les développements concernant les vices cachés de conformité.

⁶⁷ T. Van Overstraeten, Le problème de l'an 2000 : les recours contractuels, Actes du colloque organisé par Info Topics à Diegem le 21 octobre 1998, p. 14.

⁶⁸ Y. Merchiers, La vente, Dossiers du Journal des Tribunaux, Larcier, Bruxelles, 1997, p.36.

⁶⁹ Voy. *supra* les sanctions d'une violation de l'obligation précontractuelle de conseil.

⁷⁰ On dit souvent que le vendeur professionnel est présumé de mauvaise foi. Nous préférons écrire qu'il est présumé connaître le vice. Certes la conséquence est la même, mais la nuance est importante : en droit belge la mauvaise foi ne se présume pas.

⁷¹ P.A. Foriers, La garantie des vices cachés du vendeur professionnel, in Vente et cession de créance, CUP, Liège, Vol. XV, mars 1997, p. 44.

⁷² Cass. 7 septembre 1984, Pas., 1985, I, p. 35.

⁷³ Certains évoquent 1989, d'autres 1990. La grande presse ne semble avoir été sensibilisée qu'aux alentours de 1995.

⁷⁴ Affaire Appel 24/24 / Novatel et Sema Group, Comm. Créteil (France), 16/6/1998, non publié à ce jour, disponible sur le site web de Juriscom à <http://www.juriscom.net>. Les faits ont déjà été exposés *supra*.

la nécessité de l'an 2000, sous-entendant ainsi que le produit a été développé en 1991 conformément aux standards en vigueur et n'est donc pas vicié. Notons qu'en acceptant le débat sur le vice caché le tribunal a implicitement considéré qu'il s'agissait d'une vente – sans motivation sur ce point – alors que cette qualification était contestée.

A l'instar des débats menés dans le cadre de l'obligation précontractuelle de conseil, les observateurs divergent quant à l'existence d'une éventuelle date pivot. En ce qui nous concerne, par identité de motifs, nous nous prononçons à nouveau clairement contre celle-ci. Le 20 janvier 1997 le ministre français des Télécommunications a répondu comme suit à une question parlementaire : *"pour les logiciels livrés après le 1^{er} janvier 1990, ce seront les fournisseurs qui paieront lorsqu'ils auront conservé la titularité des droits d'auteur sur le produit, et pour ceux qui auront été livrés avant cette date, ce seront les utilisateurs au travers de contrats de maintenance"*⁷⁵. Le ministre a déjà été mieux inspiré ... D'une part, le mélange entre les droits d'auteur et les vices cachés n'est pas heureux. D'autre part, tout indique que la date retenue l'a été conformément à la directive européenne sur les produits défectueux, qui énonce en son article 11 que l'action s'éteint dix ans après la mise en circulation du produit. Or, non seulement la directive n'est toujours pas transposée en droit français – sauf recours aux éventuels effets directs –, mais en outre on s'étonne du mélange effectué entre les conditions de recevabilité de l'action et la théorie des vices cachés. Enfin, que font ceux qui n'ont pas de contrat de maintenance ? Il semble plus adéquat d'appliquer un traitement individuel à chaque dossier, en se plaçant à l'époque de la vente et en regardant si à cet instant l'incompatibilité de franchir l'an 2000 doit être considérée *in casu* comme un vice. Les balises déjà citées peuvent être réutilisées ; nous y renvoyons.

Signalons qu'il n'est pas impossible que le sort des demandes varie en fonction de la provenance du concepteur du produit. Il semble acquis que les Etats-Unis ont été plus vite prévenus du problème que leurs collègues européens ; un traitement différencié peut se justifier dans ce cadre.

Afin d'éviter une insécurité juridique préjudiciable au commerce, l'action en garantie des vices cachés doit être intentée à "bref délai" (article 1648 du code civil). Le point de départ et la durée de ce délai sont appréciés souverainement par le juge, qui tient compte notamment de la nature de la chose vendue et de celle du vice, de la qualité des parties, de l'existence de pourparlers ou négociations, etc.⁷⁶ Néanmoins, on admet généralement que le délai commence à courir, non pas à partir de la vente, mais au jour où le défaut est décelé ou aurait du être décelé. Ainsi, rien ne s'oppose à l'intentement d'une action plusieurs années après la vente, s'il est établi que le vice n'était décelable qu'après des années d'utilisation, et pour autant que l'action ait été diligentée peu de temps après la connaissance du vice⁷⁷. La promptitude de réaction donne dès à présent lieu à de nombreuses discussions. En effet, il devient difficile de prétendre aujourd'hui être dans l'ignorance du bogue de l'an 2000. Or, le bref délai débutant généralement le jour où le défaut est décelé, *ou le jour où il aurait du l'être*, il ne serait pas étonnant que le fournisseur tente de reprocher au demandeur sa passivité s'il venait à attendre le 1^{er} janvier 2000 avant de réagir.

⁷⁵ St. Lemarchand, An 2000 : une réponse ministérielle étonnante, Expertises, mai 1997, n° 205, Paris, p. 177.

⁷⁶ Cass. 29 janvier 1987, Pas., 1987, I, p. 624 ; Cass., 15 septembre 1994, Pas., 1995, I, p. 370, Bruxelles, 14 juin 1985, Entr. et dr., 1987, p. 101 ; Mons, 11 mars 1994, J.L.M.B., 1994, p. 1294.

⁷⁷ Cfr. à cet égard Mons, 6 avril 1998, J.T., 1998, p. 574.

La garantie du vendeur international d'objets mobiliers corporels

On se bornera dans le cadre limité de cette étude à signaler l'existence des articles 33 et suivants de la loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels, qui prévoient un mécanisme de garantie des vices cachés⁷⁸.

La garantie du loueur de chose

Au titre VIII du code civil, sous l'intitulé "Du contrat de louage", l'article 1721 énonce qu'*"il est du garant au preneur pour tous les vices ou défaut de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les auraient pas connus lors du bail"*. Le régime est proche de la vente. On les rapprochera donc en ayant soin de souligner les différences, qui tiennent principalement au caractère continu des obligations découlant du louage de chose, et au fait que le législateur n'a pas estimé devoir distinguer entre bailleur de bonne et mauvaise foi⁷⁹.

Le vice ne doit pas exister au moment de la conclusion du contrat. Il peut donc être apparu ultérieurement et néanmoins être invoqué avec succès. Cette différence notoire avec la vente résulte du caractère continu du louage⁸⁰. Il est toutefois entendu qu'un vice apparent au moment de la conclusion du contrat – c'est-à-dire un vice qu'un preneur normalement attentif et compétent aurait aperçu – ne peut plus être invoqué ultérieurement comme vice caché. Par rapport à l'obligation précontractuelle de conseil, l'ancienneté du contrat est donc moins importante. Ce critère reste malgré tout un élément non négligeable dans la discussion, s'agissant de déterminer si le vice était décelable lors de la prise à bail. Dans l'affirmative, il sera assimilé à un vice apparent pour lequel il n'est pas de garantie. En viendra-t-on dès lors à plaider que plus le contrat est récent, moins il est dû garantie ? Cet argument serait en quelque sorte à l'opposé de ce qui est défendu en matière de vente. Juridiquement, ce moyen de défense semble *a priori* séduisant en matière de vice caché, mais nous ne doutons pas qu'en ce cas le preneur invoque subsidiairement une faute précontractuelle et que le débat soit seulement déplacé.

La durée du contrat, et le caractère déterminé ou non de celle-ci, ne manqueront pas d'influencer les débats. Il paraît juste de soutenir qu'un contrat conclu en 1995 pour une durée déterminée de sept ans oblige le bailleur à garantir la jouissance paisible jusqu'au terme prévu. En ce cas, l'incapacité de franchir le millénaire devrait permettre soit la réparation, soit la résiliation aux torts du bailleur, ainsi que l'octroi de dommages et intérêts. Il appartiendra au preneur d'établir que c'est le bien loué qui est la cause de la défaillance, et non une ajoute ultérieure. La discussion prend une saveur toute particulière en informatique, où il est fréquent qu'un bien loué soit modifié par l'ajout ultérieur de nouveaux logiciels, provoquant un méli-mélo dans lequel il n'est pas simple de faire la part des choses entre l'installation initiale et le système modifié.

⁷⁸ J. Ghestin, Conformité et garantie dans la vente (produits mobiliers), Paris, LGDJ, 1983, n° 228 ; J. Ghestin & B. Desché, La vente. Traité des contrats, Paris, LGDJ, 1990, n° 1044.

⁷⁹ N. Verheyden-Jeanmart, Les contrats, Cours de l'Université Catholique de Louvain, Faculté de droit, Louvain-La-Neuve, 1990, p. 361.

⁸⁰ Le louage est un contrat à prestations successives (notion de durée analysée précédemment).

Inversement, il est admis qu'un contrat à durée indéterminée peut être résilié à tout moment moyennant préavis raisonnable. Un bailleur inquiet pourrait donc organiser la résiliation au 31 décembre 1999 et s'offrir ainsi une porte de sortie. Un tel comportement ne manquera pas d'engendrer de longs débats quant à la longueur du préavis raisonnable et l'éventuel abus de droit commis. Il ne nous est pas permis d'aborder ce vaste sujet dans la présente étude⁸¹, d'autant que l'hypothèse risque d'être rare en pratique vu le peu de contrats informatiques de louage à durée indéterminée.

En tant qu'obligation de garantie, elle est acquise au preneur indépendamment de savoir si le bailleur avait connaissance du vice. Seule une faute du preneur peut alléger, voire annuler, la responsabilité du bailleur. Est une faute qui peut exonérer le bailleur le fait de ne pas le prévenir dès la connaissance du vice, pour autant que cet avertissement aurait permis d'éviter le dommage. En application de ce qui précède, nous recommandons chaudement l'adoption de mesures préventives. Il devient grand temps de s'inquiéter de la capacité de son système à franchir le millénaire, et le cas échéant de demander au bailleur de la garantir.

Le vice doit être sérieux ; un désagrément ne suffit pas. Une certaine jurisprudence parfois trop généreuse a toutefois interprété largement la définition légale des vices "*qui empêchent l'usage de la chose louée*", pour y substituer la notion d'inconvénient majeur⁸².

En fonction de la nature et de la gravité du vice, trois types de sanctions existent : (i) la réparation de la chose, (ii) la diminution du loyer ou la (iii) résiliation du contrat. Le bailleur doit également réparer le préjudice subi par le preneur : perte de jouissance, dommages aux biens et aux personnes, manque à gagner, etc. La réparation a lieu en principe sous forme de dommages et intérêts, sauf à solliciter une réparation en nature. L'ampleur des dommages et intérêts est limitée par le recours à l'article 1150 du code civil qui précise que "*le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée*". Le bogue de l'an 2000 risque de "ressusciter" cette disposition dans la mesure où les dommages prévisibles au moment du contrat sont extrêmement difficiles à établir, surtout en matière informatique où l'évolution est très rapide.

La garantie du loueur d'ouvrage

Sauf cas particulier⁸³ au rang desquels on ne trouve pas les contrats informatiques, le code civil n'a pas institué de règles particulières en la matière.

S'inspirant de la jurisprudence française, la jurisprudence belge⁸⁴ a toutefois conclu à l'inefficacité de la réception à l'égard des vices par hypothèses cachés, donc indécélables. C'est par analogie avec la vente que les juges ont raisonné, ce qui explique l'exigence d'action dans un

⁸¹ Sur l'abus de droit, voy. N. Verheyden-Jeanmart, Droit des biens, t. II, UCL, 1996, p. 249.

⁸² Cass., 1^{er} février 1974, Pas., 1975, I, p. 574.

⁸³ Essentiellement en droit de la construction.

⁸⁴ Ch. Jassogne, La garantie découlant des contrats d'entreprise, Ann. dr. Liège., Liège, 1988, p. 267 ; Comm. Hasselt, 12 novembre 1984, Entr. et dr., p. 320.

bref délai, dont le point de départ et la durée sont souverainement appréciés par le juge. La Cour de cassation a apporté son soutien à ce droit prétorien⁸⁵. Nous renvoyons aux développements consacrés à la vente ainsi qu'aux ouvrages spécialisés⁸⁶.

⁸⁵ Cass. 25 octobre 1985, Entr. et dr., 1986, p. 204, note Embrechts ; Cass., 18 mai 1987, Pas., I, 1987, p. 1125.

⁸⁶ Ph. & M.A. Flamme, le contrat d'entreprise, Larcier, Bruxelles, 1991, p. 65.

LES ARGUMENTS TIRÉS DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT : LE CONTRAT DE MAINTENANCE

IMPORTANCE ET CLASSIFICATION DES CONTRATS DE MAINTENANCE

La problématique liée à l'an 2000 fera probablement peu appel aux arguments tirés de l'exécution des contrats, sous réserve des litiges – déjà étudiés – liés au bien qui en est l'objet. En effet, dans les contrats à prestation instantanée (vente par exemple), le contrat est pleinement exécuté par la délivrance du bien contre le paiement. Dans certaines ventes simples, le contrat peut être négocié, conclu et exécuté en quelques secondes : le temps d'entrer dans le magasin, de se saisir du bien et de le payer. Quant aux contrats à prestations successives, ils sont surtout illustrés par le louage de chose dont l'exécution implique avant tout d'assurer une jouissance paisible au preneur, qui doit de son côté payer le loyer prévu. Sauf voie de fait émanant d'un tiers (hypothèse peu en rapport avec l'an 2000), les litiges porteront plutôt sur une rupture de la jouissance dont la cause sera inhérente au bien loué, incapable de franchir la Saint-Sylvestre.

Toutefois, dès les premiers articles consacrés au bogue⁸⁷, la doctrine a attiré l'attention sur les implications que ne manquera pas d'avoir l'exécution d'un contrat à prestations successives peu abordé jusqu'ici dans notre exposé, et qui risque d'être abondamment sollicité : le contrat de maintenance.

Il n'existe pas un contrat de maintenance, mais des contrats dont le contenu varie en fonction du but poursuivi : actions préventives, correctives, évolutives ... ou les trois⁸⁸. Plusieurs classifications existent, nous avons retenu la distinction entre la maintenance-correction, la maintenance-adaptation, et la maintenance-évolution⁸⁹. Cette trilogie ne doit pas abuser : d'une part, la réalité du terrain montre que l'inventivité des prestataires n'a pas de limite et qu'ils créent régulièrement des contrats nouveaux. D'autre part, le monde serait trop beau si chaque contrat prévoyait aussi clairement son intégration dans l'une de ces classes. Souvent, il faudra donc faire fi des appellations, et rattacher un contrat déterminé à l'une des trois catégories en fonction de son contenu. Nous ajoutons un cas particulier, qui s'apparente à la maintenance même s'il n'est pas absolument identique : il s'agit de l'engagement contractuel de livrer les nouvelles versions d'un logiciel (*upgrade*).

Nous avons eu l'occasion de rappeler qu'un logiciel 100% *bugfree* est une vue de l'esprit⁹⁰. Ceci explique le succès de la maintenance-correction dont l'objectif est d'assurer la correction de ces

⁸⁷ D. Veret, Les logiciels et le passage à l'an 2000 : les obligations des parties, revue Alain Bensoussan, Paris, vol. 3, n° 8/1996, p. 381.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ La paternité de cette grille de lecture semble appartenir à E. Davio & E. Montero, Guides juridiques de l'entreprise : aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise, 2^{ème} éd., Kluwer, Diegem, p. 54. Cette classification a été également été retenue par T. Van Overstraeten, Le problème de l'an 2000 : les recours contractuels, Actes du colloque organisé par Info Topics à Diegem le 21 octobre 1998, p. 19.

⁹⁰ A titre d'exemple, Microsoft détecte régulièrement des bogues dans des logiciels aussi répandus que Windows 95 et propose à ses clients de télécharger à partir de son site web les *patches* (remèdes) nécessaires. Concernant l'an 2000, elle a signalé ce 8 décembre 1998 avoir découvert un nouveau bogue dans Windows 98 pourtant garanti

défauts dans une mesure qui dépend du prestataire, du prix, et de la définition plus ou moins restrictive du bogue. Quasiment tous les contrats excluent les erreurs de conception : celles-ci sont assimilées à un vice (éventuellement caché) du produit, pour lequel il appartient au client de se retourner contre le vendeur, le fabricant ou le concepteur.

L'informatique évolue considérablement et rapidement : tant les applications que le *hardware* doivent en permanence être adaptés. De même, les changements de l'environnement réglementaire peuvent nécessiter des adaptations des applications⁹¹. Pour se prémunir de ces aléas externes, les prestataires proposent des contrats de maintenance-adaptation.

La nécessité d'adapter le parc informatique peut enfin résulter d'une décision propre à l'utilisateur. Ici, ce n'est plus une contrainte externe qui entraîne une adaptation, mais un choix délibéré. On cite classiquement comme exemple l'entreprise qui commence à exporter et qui souhaite soudain facturer en devises étrangères. Le contrat de maintenance-évolution a pour objectif de répondre à ces demandes.

L'*upgrade* est une version plus récente d'un même logiciel. Son objectif est de tenir compte des bogues décelés sur l'ancienne version, d'adapter le produit aux évolutions techniques et réglementaires survenues entre-temps, et généralement d'offrir de nouvelles possibilités. On comprend donc qu'il y ait quelque lien avec la maintenance. Il est parfois malaisé de distinguer un *upgrade* d'un nouveau produit tant la filiation entre le logiciel de base et le plus récent paraît ténue : des possibilités nouvelles en grand nombre, un langage de programmation différent, un graphique ou une présentation innovants ... tous ces éléments peuvent mener le fournisseur à estimer que son produit n'est pas une version plus récente d'un même logiciel, mais un nouveau produit⁹².

LA PRISE EN CHARGE DU BOGUE PAR LES CONTRATS DE MAINTENANCE

LES CONTRATS DE MAINTENANCE-ADAPTATION ET MAINTENANCE-ÉVOLUTION

L'an 2000 ne nous paraît pas constituer un changement ou une évolution technique ou réglementaire propre à mettre en œuvre les contrats de maintenance-adaptation⁹³ dont la finalité

compatible. Selon Microsoft, la probabilité que le bogue provoque une défaillance est infinitésimale : il faut que plusieurs opérations bien précises soient effectuées simultanément et de manière répétées. Ceci illustre toutefois l'impossibilité totale de prétendre qu'un logiciel est parfaitement dépourvu d'erreurs.

⁹¹ Que faire d'un logiciel de comptabilité qui applique une TVA de 6% si celle-ci passe soudain à 21% ?

⁹² A titre d'exemples ... (i) les informaticiens discutent âprement sur le point de savoir si un logiciel 16 bits réécrit en 32 bits est un *upgrade* ou un nouveau produit. (ii) Bien que la majorité considère que Windows 95 est un nouveau produit, certaines voix prétendent qu'il s'agit d'un *upgrade* de Windows 3.11. (iii) A l'occasion d'un changement très important de l'ensemble des règles comptables ou fiscales nécessitant la réécriture d'une grande partie du logiciel, certains fournisseurs soutiennent qu'il s'agit d'un nouveau produit. (iv) Une question similaire se pose pour l'intégration de l'euro.

⁹³ *Contra* : P. Chauleur, Le passage à l'an 2000 dans les contrats informatiques, Lamy, Droit de l'informatique, février 1998, n° 100, Paris, p. 1. Pour cet auteur, "si le contrat de maintenance prévoit que l'utilisateur peut disposer

est d'assurer l'adéquation du parc informatique avec l'évolution de l'environnement technique ou réglementaire. Or la notion même d'évolution nous semble impliquer l'adaptation à de nouvelles contraintes, et non la correction des conséquences d'un standard de l'industrie aujourd'hui dépassé.

Nous ne sommes pas favorables non plus à l'inclusion de la mise à niveau nécessaire dans le cadre de la maintenance-évolution. Certes, nous avons dit que ce type de contrats a pour but de répondre au choix délibéré du client, et il ne fait aucun doute que celui-ci exprimera sa décision de franchir le millénaire. On pourrait donc penser recourir à cette couverture. Ce raisonnement dénaturerait toutefois la finalité de la maintenance-évolution, dont le but est de répondre à l'évolution du client en fournissant des solutions informatiques, et non de répondre aux blocages informatiques qui pourraient entraver la bonne marche du client.

L'exclusion des deux premiers régimes se justifie également par l'absence de plus-value. La correction du bogue du millénaire n'apporte pas de plus-value proprement dite ; tout au plus permet-elle de maintenir en fonction après le 1^{er} janvier un bien qui risque autrement de présenter des défaillances. Or, les deux contrats analysés jusqu'ici nous paraissent impliquer une plus-value, soit par la mise en conformité avec une technique plus nouvelle, soit par la création de nouvelles fonctions propres à l'utilisateur.

LES CONTRATS DE MAINTENANCE-CORRECTION ET D'UPGRADE

La correction du bogue s'inscrit plus probablement dans le cadre des contrats de maintenance-corrrection. L'objectif est en effet de corriger une erreur, non pas dans le sens de faute, mais dans le sens de défaut qui entrave le bon fonctionnement d'un système informatique. A cet égard la notion de bogue (*bug*) prête moins à confusion : elle ignore le concept de faute toujours lié à une idée de responsabilité, pour préférer celui de défaut de fonctionnement empêchant l'utilisation normale d'un système conformément à ce pour quoi il a été conçu.

Sur le plan des principes, rien ne s'oppose à ce qu'une nouvelle version d'un logiciel, développée pour permettre de franchir avec succès le millénaire, soit considérée comme un *upgrade*. Il nous semble du reste que telle devrait être la règle. Nous avons vu en effet que l'objectif de l'*upgrade* est notamment de tenir compte des bogues décelés sur l'ancienne version.

L'éventuelle prise en charge de la mise à niveau dans le cadre dépend de l'interprétation qui sera faite du contrat. A cet égard, il convient de relever l'article 1134 du code civil qui consacre le principe de la convention-loi⁹⁴ et précise ensuite que les conventions "*doivent être exécutées de bonne foi*". Les articles 1156 à 1164 énoncent quant à eux les règles qui doivent présider à l'interprétation des contrats. Quelques principes simples se dégagent de ces dispositions : il faut rechercher ce que les parties ont voulu dire plutôt que ce qu'elles ont exprimé littéralement ; en cas de doute il faut préférer l'interprétation qui produit quelque effet plutôt que celle qui n'en

de programmes actualisés par rapport aux situations nouvelles, c'est-à-dire une maintenance adaptative, on peut penser que cette clause s'étend au passage à l'an 2000, car il est prévisible".

⁹⁴ Cfr. *supra* les développements liés à la qualification des contrats informatiques. La convention-loi est la consécration du principe de l'autonomie des volontés.

produit aucun ; les mots doivent être replacés dans le contexte de la matière, et dans leur contexte géographique ; on peut suppléer les clauses d'usage même si elles ne sont pas formellement inscrites au contrat ; les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres et non chacune isolément ; en cas de doute la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation, etc. L'ensemble de ces règles permet de cerner ce à quoi les parties se sont engagées.

La manière dont le contrat définit la maintenance-corrrection et l'*upgrade* constitue évidemment un critère essentiel. Par exemple, une définition restrictive de l'erreur comme "*toute anomalie ou toute divergence par rapport aux spécifications exigées par le client dans le contrat de fourniture du bien maintenu*", entraînera presque toujours l'exclusion du bogue du millénaire : si les parties discutent du problème, c'est précisément parce que le client n'a pas inclus la compatibilité dans les spécifications exigées. A l'inverse, une définition fonctionnelle de l'erreur⁹⁵ est plus souple et plus susceptible d'englober le passage à l'an 2000.

Par ailleurs, l'ampleur des prestations nécessaires doit être prise en compte. En effet, tant la maintenance que l'*upgrade* sont des notions impliquant l'idée de filiation des produits. La maintenance prévoit généralement la correction des bogues pour assurer le fonctionnement conforme à la finalité, à ne pas confondre avec la création d'un nouveau produit. En matière d'*upgrade*, l'objectif est de mettre à disposition du client une version plus récente d'un même logiciel, mais pas un nouveau produit. Que la distinction ne soit pas toujours aisée en pratique n'énerve pas ces principes. Avec d'autres⁹⁶ nous pensons que le cadre normal de la maintenance et de l'*upgrade* exclut des opérations de mise à niveau qui aboutiraient à une modification profonde de la conception du système, ou à la réécriture d'une partie importante d'un programme, sous peine de faire disparaître l'idée de filiation.

En informatique – et dans les contrats de maintenance et d'*upgrade* en particulier – la notion de durée illimitée est fréquente ; plus qu'ailleurs elle est problématique. Contractuellement, certains prestataires s'obligent à fournir une prestation sans limitation de durée. Parfois aussi c'est la loi qui insère cette notion dans le champ contractuel. Ainsi en matière de vente, la mutation de propriété qui s'opère engendre la nécessité de délivrer les accessoires, et "*tout ce qui a été destiné à l'usage perpétuel*" de la chose (article 1615 du code civil). Or, tout le monde sait que l'informatique évolue : de 6 mois en 6 mois les systèmes sont démodés⁹⁷, de nouvelles techniques apparaissent sans cesse, la capacité et la rapidité sont doublées régulièrement, etc. Comment concilier l'engagement contractuel "illimité dans le temps", ou l'usage "perpétuel" du code civil, avec la brièveté des cycles de l'industrie informatique ? L'exécution de bonne foi et les règles d'interprétation des contrats trouvent ici tout leur sens puisqu'elles permettent de

⁹⁵ En ce cas, l'erreur est par exemple décrite comme tout défaut de programmation qui empêche l'usage du bien conformément à sa finalité.

⁹⁶ T. Van Overstraeten, Le problème de l'an 2000 : les recours contractuels, Actes du colloque organisé par Info Topics à Diegem le 21 octobre 1998, p. 19 ; E. Montero, Les programmes d'ordinateur et le passage à l'an 2000, J.T., 1998, p. 372 ; R. Lesuisse, Aspects techniques de la maintenance de logiciel, *in* La maintenance de logiciel : aspects juridiques et techniques, cahiers du C.R.I.D., n° 3, Bruxelles, Story-Scienza, 1989, p. 8.

⁹⁷ En 1995 un microprocesseur cadencé à 120 Mhz était dans la norme ; aujourd'hui, la vitesse habituelle est de 450 Mhz. L'année 1999 devrait voir apparaître les machines supportant 700 Mhz. Le seuil de 1000 Mhz est l'objectif avoué en l'an 2000.

moduler les engagements, de manière à leur conserver quelque utilité tout en assurant un traitement différencié à chaque secteur d'activité.

A juste titre, le tribunal de Créteil⁹⁸ rappelle qu'il *"ne peut être sérieusement prétendu que l'article 1615 devrait avoir pour conséquence en la matière d'imposer la garantie d'un usage perpétuel dans un domaine technique, particulièrement évolutif, et où il est constant que les impératifs de passage à l'an 2000 n'ont pas été pris en compte par l'ensemble des professionnels jusqu'à une date récente"*.

Dans une autre affaire récente impliquant également le bogue de l'an 2000, le tribunal de Macon⁹⁹ s'est trouvé confronté à un document de 1988 rédigé comme suit par une société Bel Air Informatique : *"(...) il convient de compléter notre tarif des informations suivantes : 1. Notre logiciel est garanti gratuitement et sans limite de durée ; 2. La maintenance du logiciel est gratuite et sans limite de durée ; 3. La disponibilité des nouvelles versions est gratuite pour tous (...)"*. En exécution de cet engagement, pendant plus de dix ans, Bel Air Informatique avait fourni une maintenance satisfaisante et les *upgrades* du logiciel "Lima" qu'elle avait conçu. Après avoir prévenu ses clients de l'incapacité de Lima de franchir l'an 2000, elle leur avait proposé d'acquérir Lima 2, avec une diminution de prix de 50% pour les anciens clients.

Les demandeurs exposaient que *"Bel Air Informatique aurait pris l'engagement d'assurer gratuitement et sans limitation de durée la maintenance et la disponibilité des nouvelles versions du logiciel en service dans leur cabinet ; que nonobstant cet engagement la société assignée ne garantirait l'adaptabilité du matériel acquis aux exigences de l'an 2000 que par l'achat d'un nouveau logiciel"*. Pour sa part, Bel Air Informatique se défendait en invoquant le caractère inconnu du bogue de l'an 2000 au jour où elle a émis son engagement.

Après avoir rappelé qu'il lui appartient de dégager la portée du contrat en appliquant les articles 1134 et 1156 et suivants du code civil, le tribunal a estimé que *"l'engagement unilatéral souscrit par la défenderesse doit être interprété de bonne foi et selon ce que la raison et le bon sens commandent ; (...) que la durée de l'engagement mentionnée comme "sans limitation de durée" doit s'entendre en rapport avec l'obsolescence du logiciel ; qu'il n'est en effet pas concevable qu'un tel engagement soit à perpétuité et n'ait pas un terme en rapport avec les usages professionnels et les réalités économiques ..."*.

La cour d'appel a rendu le 4/2/1999 un arrêt en sens diamétralement opposé : elles estime que *"sauf à dénaturer le sens clair et précis de la formule "durée illimitée" et à vider cette clause de tous sens, le tribunal ne pouvait considérer qu'elle devait s'entendre de la durée de vie du logiciel, telle que décidée unilatéralement par Bel Air Informatique"*.

La cour d'appel nous paraît manquer quelque peu de nuance dans la formulation trop abstraite de son arrêt. Interpréter un contrat pour dégager la commune intention des parties n'est pas nécessairement le vider de son sens. Tout contrat s'inscrit en effet dans un cadre juridico-économique plus large auquel il faut avoir référence par le biais des règles d'interprétation. Il

⁹⁸ Affaire Appel 24/24 / Novatel et Sema Group, Comm. Créteil (France), 16/6/1998, non publié à ce jour, disponible sur le site web de Juriscom à <http://www.juriscom.net>.

⁹⁹ Affaire Moiroux & Renoux / SA Bel Air Informatique, TGI Macon, 28 septembre 1998, n° rôle 9800390, non publié à ce jour.

nous paraît donc réducteur de déclarer comme une vérité absolue qu'une maintenance "*sans limite de durée*" oblige forcément le fournisseur à adapter le logiciel à des développements techniques nouveaux, inconnus au moment de la conception de la logiciel. Nous avons l'impression que la cour a été influencée par le fait que la mise à niveau n'impliquait en l'espèce que peu de travaux : l'arrêt indique que le fournisseur reconnaissait lui-même que certains modules étaient compatibles et d'autres pas, et "*qu'en amputant certaines instructions spécifiques à des fonctionnalités non acquises, il sera possible de gérer l'an 2000 avec la place ainsi libérée*". Il aurait été plus correct à nos yeux d'avouer le vrai motif de la condamnation au lieu d'énoncer une vérité aussi absolue et aussi abstraite, et dès lors forcément aussi critiquable.

Nous préférons retenir qu'à la notion abstraite d'engagement sans limitation de durée, il faut substituer le résultat du rapport entre la nature illimitée de la prestation et l'obsolescence du bien sur lequel elle porte. A nouveau, les éléments propres à chaque affaire jouent un rôle important : nature du bien, date de conclusion du contrat, manière dont il a été exécuté jusqu'alors, ...

LES CLAUSES EXONERATOIRES OU LIMITATIVES DE RESPONSABILITÉ

VALIDITE "CONTROLEE" DE CES CLAUSES

Les clauses portant sur la responsabilité peuvent avoir pour effet d'exonérer le responsable (clause exonératoire), ou de limiter sa responsabilité (clause limitative) ; nous les traitons indistinctement.

Depuis plus d'un siècle¹⁰⁰, la Cour de cassation – unanimement suivie par les juges du fond – a consacré la validité de ces clauses, en ce compris dans les contrats d'adhésion dont on sait qu'ils sont extrêmement fréquents en informatique. On notera malgré tout les limitations à la validité de ces clauses : interdiction de s'exonérer de son dol, impossibilité de vider l'obligation de son contenu, interdiction de certaines clauses dans les contrats conclus avec les consommateurs, limites supplémentaires pesant sur le vendeur professionnel, exigence du consentement de l'utilisateur et interprétation restrictive.

On ne peut pas s'exonérer des conséquences de son dol¹⁰¹. Il semble par contre admis que l'on puisse s'exonérer du dol des personnes dont on répond : agent d'exécution, préposé au sens de l'article 1384 alinéa 3 du code civil, etc. Le commettant d'un vendeur ayant adopté un comportement dolosif pourra donc en principe se retrancher derrière une clause *ad hoc*.

Selon une tradition ancienne, la clause exonératoire ou limitative ne peut pas avoir pour effet de vider de tout contenu l'obligation à laquelle elle se rapporte. Récemment encore, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence traditionnelle¹⁰². Les applications faites de ce principe en jurisprudence sont nombreuses, les juges vérifiant, en fait, dans quelle mesure la clause porte atteinte aux dispositions essentielles du contrat – ou plus généralement de l'obligation en cause – pour refuser ou accepter selon les circonstances les clauses d'exonération ou de limitation¹⁰³.

Pour autant qu'elle s'applique à la relation visée¹⁰⁴, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur peut se révéler utile dans le processus de remise en cause des clauses ayant pour effet d'exonérer partiellement ou totalement le "vendeur"¹⁰⁵, ou de mettre le consommateur dans une situation telle que tout recours est virtuellement impossible. Peut être annulée par le juge, *"toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties"* (article 31 de la loi). L'article 32 énonce certaines clauses réputées

¹⁰⁰ Cass., 26 octobre 1877, Pas., 1877, I, p. 406.

¹⁰¹ P. Van Ommeslaghe, Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, *in* Les obligations en droit français et en droit belge : convergences et divergences, Bruylant & Dalloz, Bruxelles, 1994, p. 188.

¹⁰² Cass. 23 novembre 1987, Pas., 1988, I, p. 347 ; Cass., 27 septembre 1990, Pas., 1991, I, p. 821.

¹⁰³ P. Van Ommeslaghe, Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, *in* Les obligations en droit français et en droit belge : convergences et divergences, Bruylant & Dalloz, Bruxelles, 1994, p. 197.

¹⁰⁴ Sur les conditions d'application de la loi de 1991, voir D. de Loch, Introduction à la loi sur les pratiques du commerce, éd. Mys & Breesch, Gand, 1996 ; Pratiques du commerce, CUP, Liège, Vol. XVI, avril 1997.

¹⁰⁵ On parle ici du "vendeur" au sens de la loi du 14 juillet 1991, qui n'est malheureusement pas le même que celui qui se dégage des dispositions du code civil relatives à la vente ...

abusives et dès lors interdites. Notons à cet égard deux clauses qui peuvent avoir un impact sur la matière de l'an 2000 :

- Est interdite la clause libérant le "vendeur" du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat.

Que ce soit pour le développement d'un logiciel sur mesure, la fourniture d'un système clef en main, ou le contrat de conseil, on peut raisonnablement penser que dans certains cas, la clause excluant toute responsabilité du fait du passage à l'an 2000 pourra être annulée. Lorsque la loi de 1991 ne s'appliquera pas à ces contrats (le client n'étant pas considéré *in casu* comme un consommateur), il faudra se rabattre sur l'interdiction générale des clauses vidant l'obligation de tout son contenu.

- Est interdite la clause fixant des délais déraisonnablement courts pour signaler des vices au "vendeur".

Nous avons vu qu'il devient urgent pour l'utilisateur de mettre en route les tests nécessaires pour la compatibilité avec l'an 2000, et de signaler à qui de droit les vices découverts, ou à tout le moins d'émettre des réserves, sous peine de se voir reprocher sa passivité. En pratique, la plupart des contrats informatiques prévoient un délai de rigueur de réclamation. Il ne fait aucun doute que vu la complexité des problèmes posés par le bogue, le juge pourra annuler un délai tellement court qu'il place le consommateur dans une situation pratique intenable.

Le vendeur professionnel est soumis à un régime particulier, notamment parce qu'il est présumé avoir connaissance des vices – même cachés – du bien vendu. Corrélativement il ne peut se prévaloir de clauses exonératoires ou limitatives pour ces vices. Seule la démonstration du caractère invincible de son erreur pourra le libérer de l'obligation de payer des dommages et intérêts, sans le relever pour autant de sa responsabilité de droit commun.

Comme toute clause, elle doit avoir été approuvée par la personne à qui on l'oppose. Nous renvoyons tout particulièrement aux développements *supra* concernant les contrats sous plastique (*shrinkwrap* licence) ou électroniques.

Les clauses exonératoires ou limitatives dérogent au droit commun, elles doivent dès lors être interprétées restrictivement. La solution est constante¹⁰⁶.

L'AN 2000 EST-IL UN CAS DE FORCE MAJEURE ?

Indépendamment des clauses exonératoires de responsabilité, la force majeure libère le débiteur à condition de satisfaire à trois conditions : (i) être irrésistible, (ii) être imprévisible, et (iii) rendre impossible l'exécution de l'obligation.

¹⁰⁶ L. Cornélis, Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation, R.C.J.B., Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 189.

Peut-on considérer que le bogue de l'an 2000 est un cas de force majeure ? Nous ne le pensons pas. D'une part, les techniciens s'accordent à dire que la correction du bogue est toujours réalisable, quitte à changer des pièces ou revoir une à une toutes les lignes de codes ; l'exécution n'est donc pas impossible, mais seulement (beaucoup) plus onéreuse. D'autre part, pour les systèmes anciens, la programmation des dates sur deux digits au lieu de quatre a été le fruit d'un choix délibéré ; la condition d'imprévisibilité n'est donc pas rencontrée. Pour les systèmes récents, s'il fallait estimer dans un cas précis que l'utilisation d'un standard de l'industrie ancien est fautif, il paraît corrélativement difficile de soutenir que les conséquences ont été imprévisibles.

CONCLUSION ET MESURES À PRENDRE

Confronté à un problème de compatibilité, l'utilisateur doit avant tout penser à maintenir en état de fonctionnement son outil de travail. Ce conseil relève de l'évidence économique ... et du droit. En effet, parmi les – rares – règles qui peuvent se vanter de figurer au rang de "principe général du droit", nous pensons pouvoir citer l'obligation qui s'impose à chacun de limiter son dommage. En application de ce principe, l'utilisateur ne peut se contenter d'attendre que la catastrophe arrive ; il doit mettre en œuvre les moyens raisonnables lui permettant de limiter le dommage à défaut de l'éviter.

Il s'agira souvent de problèmes liés à un logiciel, auquel cas l'article 6 § 1^{er} de la loi du 30 juin 1994 relative à la protection juridique des programmes d'ordinateurs¹⁰⁷ octroie une certaine latitude à l'utilisateur. Cette disposition énonce qu'*"en l'absence de dispositions contractuelles particulières, ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire les actes visés à 5 a et b [NDR : reproduction, traduction, arrangement et toute autre transformation], lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à la personne ayant le droit d'utiliser le programme d'ordinateur, de l'utiliser d'une manière conforme à sa destination, en ce compris la correction d'erreurs"*.

L'article 6 ne résout pas le problème de la prise en charge des frais, mais au moins, en cas de refus du titulaire des droits d'effectuer lui-même les modifications assurant le passage à l'an 2000, l'utilisateur peut (faire) procéder à la mise à niveau. A cet égard, c'est à tort que l'on a pu écrire¹⁰⁸ que le recours à l'article 6 est exclu en cas de tierce maintenance, au motif que le droit de correction n'existe qu'au profit de la *"personne ayant le droit d'utiliser le programme"*. Le texte ne requiert pas que la personne en question fasse elle-même la correction (elle en sera d'ailleurs le plus souvent incapable), mais que les corrections soient faites pour son compte.

Que la mise à niveau soit faite par le titulaire des droits ou par un tiers, rien n'empêche les parties d'émettre des réserves quant à la prise en charge des frais, signalant dès à présent leurs griefs et arguments, et précisant que les corrections n'ont pour but que de limiter le dommage dans l'intérêt de tous, sans impliquer la moindre reconnaissance de responsabilité ou l'abandon d'une voie de recours.

A supposer que l'utilisateur ne dispose pas des codes sources, il pourra s'adresser au titulaire des droits pour les obtenir. Si cette demande est formulée, c'est par hypothèse que le titulaire a refusé d'effectuer lui-même les corrections, soit volontairement, soit sans reconnaissance préjudiciable. Il serait dès lors malvenu de refuser la communication des codes lorsque celle-ci est demandée dans le seul but de corriger le bogue de l'an 2000 à l'exclusion de tout autre acte susceptible de léser ses droits, et dans la perspective de limiter autant que faire se peut le dommage.

Enfin, l'utilisateur sera particulièrement attentif à se ménager les preuves nécessaires lorsqu'il fera procéder aux aménagements nécessaires (backup, constat, organigramme, conservation des composants remplacés, éventuellement expertise judiciaire, etc.).

¹⁰⁷ Loi transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs, Moniteur belge du 27 juillet 1994.

¹⁰⁸ E. Montero, Les programmes d'ordinateur et le passage à l'an 2000, J.T., 1998, p. 374.

La durée prévisible d'une procédure judiciaire hypothèque la possibilité d'obtenir avant l'an 2000 une décision sur le fond. Il reste alors à solliciter une mesure de référé dont on rappelle qu'elle ne peut être qu'urgente, provisoire, et basée sur une apparence de droit suffisante. Dans ce cadre, le président du tribunal peut certainement ordonner une mise à niveau sous astreinte.

En Belgique tout au moins¹⁰⁹ le bogue de l'an 2000 ne fait pas appel à des règles de droit particulières. Il constitue seulement une application particulière et technique des principes habituels du droit des contrats informatiques. La présente contribution a été réalisée dans le but de permettre aux parties de suivre pas à pas leur histoire contractuelle, de déterminer dans quelle mesure elle ont respecté leurs obligations, et d'analyser comment la victime éventuelle peut exercer un recours si elle s'estime injustement lésée.

Etienne WERY
Avocat au barreau de Bruxelles

<http://www.droit-technologie.org>

Bruxelles, le 15 décembre 1998

¹⁰⁹ D'autres pays ont adopté des législations spécifiques ; c'est par exemple le cas des USA ou de l'Australie. Voy. à ce sujet les actualités du mois de novembre 1998 à <http://www.droit-technologie.org>