

III. Droit de l'informatique – Informaticarecht

Prés. Civ. Bruxelles (réf.), 5 mars 2007

R.G. n° 07/184/C

Prés. : M. Magerman (juge f.f.)

Plaid. : MM^{es} Sulmon, Cruquenaire et Henrotte

Bases de données – Contrats informatiques – Secrets d'affaire – Fin du contrat – Restitutions – Référé – Urgence (non)

Databank – Informaticacontracten – Zakengeheim – Beëindiging van het contract – Teruggave – Kort geding – Dringend karakter (neen)

La partie qui ne s'est inquiétée de la manière dont pourrait s'opérer le transfert de ses données d'un opérateur à l'autre qu'à l'échéance du préavis mettant fin à un contrat informatique et ce, nonobstant le court délai de préavis donné (1 mois) et la délicatesse de l'opération paraît être à l'origine, à tout le moins en partie, de la situation d'urgence dont elle se prévaut.

La partie qui dispose d'un accès à ses données via un logiciel qui est toujours opérationnel n'est pas privée de l'accès à ses données et peut continuer de l'utiliser pour remplir ses missions.

Est légitime le souhait d'un opérateur informatique qu'un transfert de données s'effectue dans le respect de ses droits de propriété intellectuelle, d'autant plus quand le nouvel opérateur n'est autre que son concurrent direct et dès lors qu'il n'est nullement opposé au transfert des données.

Un désaccord sur les modalités du transfert de données est de nature à retarder ce transfert et, par voie de conséquence, à créer dans le chef de la partie qui est tenue de rémunérer son nouvel opérateur un préjudice financier; il ne s'agit toutefois nullement d'un préjudice grave difficilement réparable.

De partij die zich, vooraleer de opzegtermijn verliep die een einde stelde aan een informaticacontract, geen vragen heeft gesteld over de wijze waarop de overdracht zal verlopen van haar gegevens van de ene operator naar een andere en dit, niettegenstaande de korte duur van de gegeven opzegging (1 maand) en het delicate karakter van de operatie, lijkt, minstens ten dele, zelf aan de oorsprong te liggen van de dringende toestand waarop zij zich beroept.

De partij die beschikt over een toegang tot haar gegevens via een softwareprogramma dat nog steeds operationeel is, is niet beroofd van de toegang tot haar gegevens en kan voortgaan met het gebruik ervan om haar taken uit te oefenen.

De wens van een informatica-operator dat de overdracht van gegevens zou gebeuren met eerbiediging van zijn intellectuele rechten is gerechtvaardigd, te meer wanneer de nieuwe operator niemand anders is dan zijn rechtstreekse concurrent en indien hij niet gekant is tegen de overdracht van de gegevens.

Een verschil van mening over de modaliteiten van de overdracht van gegevens is van aard om deze overdracht te vertragen en, dienvolgens, om aan de partij die gehouden is haar nieuwe operator te vergoeden, financiële schade te berokkenen; het gaat echter geenszins om een ernstig nadeel dat moeilijk kan worden hersteld.

(s.a. L. c. a.s.b.l. G.)

[...]

Antécédent

L'a.s.b.l. G. a fourni des services informatiques à la société L. pendant 9 ans;

Par lettre du 29 novembre 2006, la s.a. L. a notifié à l'a.s.b.l. G. sa décision de changer

d'opérateur informatique à dater du 1^{er} janvier 2007 et, par voie de conséquence, de mettre un terme à leur collaboration à partir de cette date;

Le 9 janvier 2007, à l'occasion du traitement d'une demande d'assistance formulée par la société L., les informaticiens de l'a.s.b.l. G. se sont aperçu qu'une autre personne était

occupée à travailler sur le serveur et réalise une copie sur CD-Rom de l'ensemble de la structure de tables et des relations entre tables générées par le logiciel J.; la société L. reconnaît qu'il s'agissait là d'une tentative de sa part d'accéder à sa base de données Oracle afin de récupérer ses propres données en vue d'assurer la migration vers l'application fournie par le nouvel opérateur O.;

Le jour même les responsables de l'a.s.b.l. G. se rendent au siège de la s.a. L. afin de récupérer le CD-Rom litigieux; le CD-Rom leur est effectivement remis par M. Guillaume, directeur général;

Par lettre du 12 janvier 2007 la société L. a demandé à l'a.s.b.l. G. de lui communiquer, dès que possible, leurs informations en format Acces reprenant nominativement l'ensemble des tables de leur base de données ainsi que l'ensemble des intitulés des champs composant lesdites tables et ce, de manière à pouvoir opérer le transfert des données dans les meilleurs délais; Elle confirmait, par ailleurs, son intention de poursuivre le paiement de la redevance liée aux prestations de l'a.s.b.l. G. au prorata des mois d'utilisation du logiciel;

Le 17 janvier 2007, l'a.s.b.l. G. a informé la s.a. L. de ce qu'elle avait décidé de demander une consultation juridique sur la manière de transférer les données et que, dans l'attente, toutes les opérations étaient suspendues;

Par lettre du 22 janvier 2007, le conseil de la société L. a mis l'a.s.b.l. G. en demeure :

- de poursuivre les prestations informatiques à l'égard de sa cliente jusqu'au moment de la parfaite et totale migration d'un logiciel vers l'autre;
- de fournir à sa cliente pour le 26 janvier 2007 l'ensemble des informations déjà demandées dans le courrier du 12 janvier en s'assurant préalablement de la parfaite intégrité de ces données.

Par courrier du 23 janvier, les conseils de l'a.s.b.l. G. sont revenus sur l'incident du 9 janvier 2007 insistant sur le fait que les éléments de structure de tables et de relations entre celles-ci constituaient l'expression du savoir faire de l'a.s.b.l. G. et qu'il était donc impensable que ces éléments puissent être communiqués à son seul concurrent; ils précisaient toutefois que leur cliente était prête à assister la société L. dans le cadre de sa migra-

tion et à fournir, dans l'intervalle des prestations de maintenance, sous réserve d'un accord, sur les modalités de l'opération; ils attiraient toutefois l'attention du conseil de la société L. de ce qu'il conviendrait également de discuter, compte tenu de l'ampleur de la tâche, des délais d'exécution;

Par lettre du 29 janvier 2007, les conseils de l'a.s.b.l. G. ont communiqué au conseil de la société L., l'offre de leur cliente afférente aux prestations de maintenance et de support précisant que ces prestations pourraient s'effectuer selon les mêmes modalités pratiques que lorsque la société L. était membre de l'a.s.b.l. G. et ce, pour une durée maximale de six mois;

Entre le 23 et le 29 janvier la société L. a adressé différentes télécopies à l'a.s.b.l. G. afin de lui faire part de problèmes techniques et solliciter son intervention;

Par lettre du 30 janvier 2007, l'a.s.b.l. G. a fait savoir qu'elle répondrait aux demandes de support ou de maintenance adressées par la société L. dès que celle-ci marquera son accord sur l'offre formulée dans le courrier du 29 janvier;

Par courrier du même jour, le conseil de la s.a. L. a fait savoir que sa cliente ne pourrait prendre position sur cette offre que lorsque l'a.s.b.l. G. aura pris position sur sa demande d'expertise;

Les parties sont ensuite restées sur leur position;

Discussion

Attendu que la s.a. L. estime que sa demande est urgente dans la mesure où elle doit impérativement récupérer ses données dans les plus brefs délais afin de pouvoir poursuivre correctement sa mission de service public sans crainte de devoir faire face à des inconvénients irréparables;

Que tant qu'elle n'est pas en possession de ses données, elle ne peut les transmettre à son nouvel opérateur et ce, alors que le contrat conclu avec ce dernier est en cours depuis le mois de janvier dernier et qu'elle est actuellement tenue de le rémunérer;

Qu'enfin, elle précise devoir clôturer ses comptes pour l'année 2006, ce qui appuierait l'urgence du transfert des données;

Attendu que l'a.s.b.l. G. conteste, pour sa part, l'urgence de la demande insistant sur le fait que la demanderesse dispose toujours à l'heure actuelle d'un logiciel qui fonctionne et qui lui permet d'accéder normalement à ses données afin de remplir ses missions de service public; qu'elle estime par ailleurs que la demanderesse est à l'origine de la situation qu'elle invoque au titre de l'urgence;

Attendu qu'il y a urgence, au sens de l'article 584, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable (Cass., 13 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 41);

Qu'il n'y a toutefois pas lieu à référé lorsque le demandeur a trop tardé à saisir le juge des référés ou s'il a provoqué lui-même la situation d'urgence dont il se prévaut (P. MARCHAL, *Rep. not.*, «Les référés», p. 50);

Attendu qu'il résulte de l'exposé des faits que la demanderesse a notifié, par lettre du 29 novembre 2006, sa volonté de mettre un terme à sa collaboration avec la défenderesse à dater du 1^{er} janvier 2007;

Qu'à aucun moment avant l'échéance du 1^{er} janvier 2007, la demanderesse ne s'est inquiétée de la manière dont pourrait s'opérer le transfert de ses données d'un opérateur à l'autre et ce, nonobstant le court délai de préavis donné (un mois) et la délicatesse de l'opération; qu'il semble, en effet, que comme le soutient la défenderesse, l'opération de transfert constitue une opération relativement délicate d'autant qu'en l'espèce, on se trouve en présence de deux sociétés concurrentes de telle sorte que les informaticiens qui devront y participer ne pourront pas avoir une connaissance simultanée de la structure des tables et des relations entre tables des deux systèmes concernés :

Que ce n'est que le 12 janvier 2007 (soit près d'un mois et demi après notification de la fin des relations et douze jours après l'expiration de cette collaboration), après une tentative avortée de se procurer directement lesdites données sur le serveur de l'a.s.b.l. G., que la demanderesse a, pour la première fois, expressément formulé à la défenderesse, une demande portant sur le transfert de ses données;

Que la demanderesse paraît donc être effectivement à l'origine, à tout le moins en

partie, de la situation d'urgence dont elle se prévaut actuellement;

Qu'en ce qui concerne cette situation, il convient de constater que contrairement à ce que soutient la demanderesse celle-ci ne se voit actuellement pas privée de ses données;

Qu'elle dispose, en effet, toujours d'un accès à celles-ci via le logiciel J.

Qu'il convient, par ailleurs, de relever que ce logiciel est toujours opérationnel et peut, dès lors, encore être utilisé par la demanderesse pour assumer ses missions de service public;

Que l'a.s.b.l. G. a d'ailleurs, par courrier du 24 janvier 2007, fait part de son accord de poursuivre la maintenance dans l'attente de la migration des données;

Que la demanderesse ne dépose aucune pièce de nature à établir qu'elle rencontrerait actuellement des difficultés avec ce logiciel, difficultés qui l'empêcheraient de poursuivre sa mission;

Que les seules pièces qu'elle dépose quant aux difficultés rencontrées avec le logiciel J., constituent des demandes d'intervention formulées par la demanderesse à la suite de la constatation de certains «soutis informatiques», demandes qui sont toutes antérieures à l'offre de poursuivre provisoirement la maintenance émise par la défenderesse le 30 janvier 2007;

Que ces demandes d'interventions formulées après l'échéance de la collaboration sont d'ailleurs de nature à confirmer la possibilité pour la demanderesse de poursuivre sa mission avec le logiciel J.;

Qu'il convient, d'autre part, d'être attentif au fait que contrairement à ce que semble soutenir la demanderesse, l'a.s.b.l. G. n'est nullement opposée au transfert des données mais souhaite légitimement que ce transfert s'effectue dans le respect de ses droits de propriété intellectuelle (cette exigence paraissant d'autant plus légitime que le nouvel opérateur n'est autre que le concurrent direct de la défenderesse);

Que la demanderesse paraît cependant avoir refusé tout débat sur la manière de procéder auxdites opérations de transfert préférant, nonobstant l'offre, *prima facie* raisonnable, formulée par la défenderesse, introduire la présente demande;

Que le litige opposant les parties ne porte donc actuellement que sur les modalités du transfert des données et non sur le principe même de ce transfert (transfert qui paraît, en toute hypothèse pouvoir s'effectuer de manière manuelle);

Que si ce désaccord est de nature à retarder le transfert et, par voie de conséquence, à créer dans le chef de la demanderesse un préjudice d'ordre financier (dans la mesure où elle est tenue de rémunérer son nouvel opérateur), il ne s'agit toutefois nullement d'un préjudice grave difficilement réparable;

Que l'urgence alléguée n'apparaît, par conséquent, pas démontrée;

Que la demande sera, par conséquent, déclarée non fondée.

Note

La restitution des données à l'expiration d'un contrat informatique. Intérêts divergents, arbitrages délicats, pratiques contractuelles

Introduction

Certaines tendances actuelles de l'industrie en matière informatique ont pour conséquence une perte de maîtrise des organisations sur leurs propres systèmes. Pouvant être regroupées sous les vocables larges d'«externalisation» ou *outsourcing*, elles consistent à confier à un prestataire extérieur tout ou partie de l'informatique d'une organisation. Les objectifs recherchés dans ce type de projet sont en général une diminution des coûts par rapport à une gestion en interne grâce aux économies d'échelle dont pourra bénéficier le fournisseur et une augmentation de la qualité due aux compétences spécialisées du professionnel dont l'informatique constitue l'activité essentielle⁽¹⁾.

L'*outsourcing* peut prendre des formes variées : simple hébergement matériel des serveurs du client qui seront alors opérés à distance par ce dernier, services rendus sur le matériel et les logiciels du client (surveillance, maintenance, etc.), gestion complète de certaines activités autonomes (*mailing*, copie de sauvegarde des données, génération de documents ou de statistiques, etc.) ou encore développement, hébergement et maintenance de logiciels auxquels le client a accès à distance⁽²⁾. La fourniture de ces services est rendue possible par la disponibilité de connexions à haute vitesse permettant l'échange de grandes quantités d'informations.

Un des risques principaux de ce type de projets pour le client est la dépendance à l'égard du fournisseur, qui s'exprime souvent à la fin du contrat lorsque l'envie de collaborer et la bonne volonté du prestataire est parfois quelque peu écornée, surtout s'il s'agit pour le client de recourir à des services concurrents.

Le cas envisagé par cette contribution est celui du client ayant eu recours aux services d'un prestataire impliquant le stockage de ses données dans les systèmes de ce fournisseur, et qui se heurte au refus ou aux conditions posés par ce dernier quant à la restitution des données du client ou à leur migration vers un nouveau système choisi par ce dernier.

À partir d'un jugement en référé rendu par le président du tribunal de première instance de Bruxelles le 5 mars 2007, nous envisagerons les droits et intérêts auxquels peuvent prétendre les parties dans un tel contexte, et la manière dont le droit peut les concilier ou les arbitrer. L'importance de la pratique contractuelle et les solutions qu'elle apporte seront également soulignées.

I. Les faits et le jugement

Le litige soumis à la juridiction présidentielle bruxelloise prend sa source dans un conflit entre une a.s.b.l. G. et une société L. La première a développé un logiciel, que l'on devine être un logiciel de gestion intégrée⁽³⁾;

(1) J.-P. TRIALLE, «L'*outsourcing* du développement de logiciels vers des pays à bas salaire», *R.D.T.I.*, 2004, pp. 25-35.

(2) Ce phénomène, relativement récent, est désigné sous l'acronyme anglais de *SaaS*, pour *Software as a Service*.

(3) Sur la notion de «progiciel de gestion intégrée», *cf. infra*.

la seconde en est une cliente de longue date, et utilise ce logiciel pour réaliser ses missions qui relèvent du service public.

Fin novembre 2006, la société L. notifie à l'a.s.b.l. G. sa décision de mettre fin au contrat qui les lie, à l'expiration d'un préavis d'un mois. Elle entend recourir dès le début de l'année suivante aux services et au logiciel d'un opérateur concurrent. La société L. ne semble pas s'inquiéter, à ce stade, de la migration de ses données d'un logiciel à l'autre. Elle ne formule en tout cas aucune demande en ce sens à l'a.s.b.l. L.

Début 2007, à l'occasion d'une opération de maintenance demandée par la société L., l'a.s.b.l. G. constate que quelqu'un est en train de forcer l'accès à la base de données de son logiciel (auquel elle est en principe la seule à avoir accès), et réalise une copie complète de cette base de données. Les représentants de l'a.s.b.l. G. se rendent au siège de la société L., où ils exigent la restitution de cette copie, qu'ils obtiennent.

La société L. met alors l'a.s.b.l. G. en demeure de lui fournir une copie de l'ensemble de ses données, ainsi que de la structure de la base de données de G.⁽⁴⁾ afin d'effectuer la migration de ses données vers son nouveau logiciel. L'a.s.b.l. G. refuse, arguant que la structure de sa base de données constitue l'expression de son savoir-faire qu'elle n'entend pas porter à la connaissance de son concurrent. Elle propose toutefois d'apporter son assistance à l'opération de transfert des données d'un logiciel à l'autre, aux conditions à discuter entre les parties. Elle invite entretemps la société L. à continuer d'utiliser son logiciel, et offre d'en poursuivre la maintenance, aux mêmes conditions qu'elle appliquait avant la résiliation du contrat.

Chacune des parties restant sur ses positions, la société L. assigne l'a.s.b.l. G. en référé, et demande au président du tribunal de première instance de Bruxelles d'ordonner à cette dernière de remettre à un expert les données et informations évoquées ci-dessus, à charge pour ce dernier de les transférer au nouvel opérateur informatique choisi par la société L. L'urgence de sa demande se justi-

fierait par la nécessité de récupérer ses données dans les plus brefs délais afin de poursuivre correctement sa mission de service public; elle ne peut en effet actuellement pas transmettre ces données à son nouvel opérateur alors que le contrat conclu avec ce dernier est en cours (et doit donc être payé) depuis le début de l'année 2007.

Cette demande sera rejetée par un jugement prononcé le 5 mars 2007, pour des motifs qui peuvent être résumés comme suit :

- en ne s'inquiétant de la manière dont pourrait s'opérer le transfert de ses données qu'à l'échéance du (court) préavis donné, malgré la délicatesse de l'opération, la société L. est à l'origine, à tout le moins en partie, de la situation d'urgence qu'elle invoque;
- la société L. ne se voit pas privée de ses données puisqu'elle peut toujours y accéder via le logiciel de l'a.s.b.l. G., qui a de surcroît offert d'en poursuivre la maintenance;
- l'a.s.b.l. G. n'est pas opposée au transfert des données mais seulement aux modalités de celui-ci, l'a.s.b.l. G. souhaitant légitimement que ce transfert s'effectue dans le respect de ses droits intellectuels;
- le préjudice encouru par la société L., tenue de rémunérer un opérateur pour un logiciel qui n'est pas (encore) en service est d'ordre financier et ne constitue pas un préjudice grave et difficilement réparable.

II. Précisions techniques

Il peut être nécessaire, pour mieux appréhender la portée de l'ordonnance examinée ici, d'apporter quelques précisions sur le contexte technique dans lequel elle s'inscrit et sur les notions informatiques qu'elle évoque, lesquelles sont en général peu familières au juriste.

Une base de données peut être définie simplement comme un stock d'informations organisé et structuré de manière à être facilement manipulé, ou encore comme « un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles

⁽⁴⁾ C'est-à-dire les intitulés de l'ensemble de tables et de l'ensemble des champs composant la base de données.

par des moyens électroniques ou d'une autre manière»⁽⁵⁾.

Une base de données se compose d'une structure (contenant) et d'une somme d'éléments organisés en son sein qui forment la substance de la base de données (contenu)⁽⁶⁾. L'architecture de la base de données définit donc les catégories d'informations qu'elle est appelée à contenir, et dans lesquelles viendront se ranger, manuellement ou automatiquement, les données individuelles. Un annuaire téléphonique, par exemple, peut être vu comme une base de données comprenant trois catégories de données : des noms, des adresses et des numéros de téléphone. Chaque insertion individuelle dans la base de données comprendra en principe une information de chacune de ces catégories, liées entre elles. La représentation la plus simple de cette base de données est un tableau à double entrée, où chaque colonne représentera une catégorie de données et chaque ligne, un enregistrement individuel.

Il arrive cependant qu'une base de données soit appelée à contenir et organiser, non pas trois catégories de données différentes, mais bien plusieurs centaines, voire milliers. C'est en général le cas des bases de données utilisées par les progiciels de gestion intégrée, ou «ERP»⁽⁷⁾.

Un ERP est un logiciel ayant pour vocation de permettre de gérer l'ensemble des processus opérationnels d'une entreprise, en intégrant l'ensemble des fonctions de cette dernière comme la gestion des ressources humaines, la gestion comptable et financière, mais aussi, le cas échéant, la vente, la distribution, l'approvisionnement, le commerce électronique, etc. L'utilisation de logiciels de ce type est une tendance lourde de l'industrie actuelle. Elle vise donc à rassembler toutes les données d'une entreprise ou d'une organisation au sein d'une seule base de données. Au-

tour de celle-ci gravitent différents logiciels, appelés «modules», qui manipulent chacun certaines catégories de données pour l'exécution d'un processus particulier (par exemple, la génération des fiches de paie, la mise à jour des stocks, etc.).

Une telle base de données peut être vue comme un ensemble de tableaux à double entrée. Chacun de ces tableaux (appelés tables) contient un ensemble d'informations liées par une certaine logique. Par exemple, la base de données pourrait comprendre une table «personnel» contenant les informations sur le personnel, une table «produits» inventoriant les différents articles fabriqués et leurs caractéristiques, etc. Chaque table contient elle-même différentes catégories d'informations, pouvant être vues comme les colonnes du tableau, appelés «champs». Ainsi, la table «personnel» pourrait-elle notamment comprendre les champs «nom», «adresse», «numéro de matricule», et la table «produits», les champs «numéro d'article», «poids» et «prix». Le contenu de la base de données est formé d'enregistrements individuels dans les différentes tables, chacun de ces enregistrements formant une ligne.

Pour être complet, il faut encore mentionner la possibilité de faire des liens logiques entre les différentes tables d'une base de données. Ainsi, la table «commandes» reprenant toutes les commandes individuelles d'un bien contiendra-t-elle, d'une part, un lien pointant vers le client concerné dans la table «clients», et d'autre part un lien vers le produit commandé dans la table «produits». Cette technique permet d'éviter les doublons et les redondances (dans notre exemple, elle permet d'éviter d'encoder l'identité et les coordonnées du client dans la table «commande», alors que ces données existent déjà ailleurs et qu'il est dès lors plus efficace d'y faire référence)⁽⁸⁾.

(5) Définition issue de l'article 1^{er}, §2, de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données. Cette définition est également mentionnée à l'article 2 de la loi du 31 août 1998 transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (la «L.B.D.»), *M.B.*, 14 novembre 1998.

(6) A. STROWEL et J.-P. TRIALLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia – Droit belge, droit européen, droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1997, n° 334.

(7) On utilise pour ce type de logiciel le vocable «progiciel de gestion intégrée», ou plus fréquemment l'acronyme anglais «ERP», pour «Enterprise Resource Planning».

(8) Les explications développées ici sont pertinentes dans le cadre du modèle de données «relationnel», utilisé de nos jours par la quasi-totalité des systèmes de gestion de base de données.

Précisons enfin qu'un «système de gestion de bases de données» (S.G.B.D.) est un logiciel utilisé pour la manipulation des bases de données⁽⁹⁾, qu'il permet de construire, organiser, transformer, copier, sauvegarder, etc. Un S.G.B.D. peut être utilisé par le développeur ou l'administrateur de la base de données, ou encore par d'autres logiciels pour interagir avec elle.

Si le choix de l'architecture d'un annuaire téléphonique est assurément très limité, on comprend vite qu'il n'en est rien en ce qui concerne la structure de la base de données d'un ERP appelée à contenir des données classées en plusieurs centaines de catégories. Pour prendre un exemple simple, un développeur pourra choisir de créer trois tables «clients», «personnel» et «vendeurs», ou de regrouper toutes ces données dans une table «personnes», à l'intérieur de laquelle un champ «catégorie» indiquera pour chaque personne si elle est un client, un employé ou un vendeur. Un tel choix de structure sera *a priori* indifférent et invisible pour l'utilisateur du système; il peut en revanche avoir des répercussions importantes sur les performances du logiciel, sur la facilité de sa maintenance ou sur ses possibilités d'évolution.

La structure de la base de données peut sur ce point être rapprochée du code source d'un logiciel. Celui-ci consiste en une série d'instructions écrites dans un langage «de haut niveau», compréhensible par l'homme⁽¹⁰⁾. Ces instructions seront ensuite traduites par un logiciel appelé «compilateur» en code objet, lisible et exécutable uniquement par un ordinateur. Il est ainsi tout à fait possible que plusieurs logiciels exécutant des fonctions très similaires, voire identiques, présentent des différences notables dans la structure et la réalisation du code source, selon les options prises par le programmeur. L'architecture d'une base de données, comme le code source d'un logiciel, en révèle les choix et les finesses de conception, et constitue l'expression du savoir-faire, de l'expérience et du travail de son créateur.

III. Le transfert d'une base de données est une opération délicate

Les considérations techniques exposées ci-dessus font apparaître que la migration d'une base de données est certainement une opération délicate, à tout le moins lorsque la structure de la base présente elle-même une certaine complexité. Le transfert d'une base de données utilisée par un logiciel ERP en est un excellent exemple. Les informations d'une organisation y sont classées dans un nombre important de catégories différentes (tables et champs). Or, il y a tout lieu de penser que la structure de la base de données utilisée par le nouveau logiciel présentera de fortes différences par rapport à la première, quand bien même les deux logiciels présenteraient *grosso modo* les mêmes fonctionnalités. Le transfert d'une base à l'autre, loin de consister en une simple copie des données, impliquera au contraire l'établissement d'une concordance entre les tables et les champs des deux bases de données, ce qui impliquera presque nécessairement des modifications et réorganisations, parfois profondes, des données concernées. Ajoutons que les liens logiques présents entre les tables de l'ancienne base de données devront être rétablis dans la nouvelle, sous une forme ou l'autre, sous peine d'entraîner des erreurs ou des corruptions de données.

Le transfert de données implique donc une connaissance approfondie et simultanée de la structure des deux bases concernées, ou encore la transformation des données initiales en un fichier intermédiaire⁽¹¹⁾, qui sera ensuite lui-même importé dans la nouvelle structure. Une telle manipulation requiert des compétences techniques avancées et une somme de travail non négligeable. L'appréciation du président du tribunal de première instance de Bruxelles quant au caractère «relativement délicat» de l'opération en question nous semble à cet égard tout à fait correcte.

⁽⁹⁾ Des exemples de S.G.B.D. sont les logiciels Oracle, FileMaker Pro, Access et MySQL.

⁽¹⁰⁾ E. MONTERO, «La communication des codes sources de logiciels. État de la question à la lumière de la jurisprudence belge et française et de la pratique contractuelle», *Ing.-cons.*, 1995/3-4-5, pp. 60-76.

⁽¹¹⁾ Par exemple, la transformation de la base de données en un «fichier plat», qui en reprend l'ensemble des données dans un format très simple, sans lien structuré entre elles (tableau à double entrée ou fichier de texte où les éléments sont séparés par un caractère déterminé, en général une virgule ou un point-virgule).

Des faits soumis récemment au tribunal de commerce de Mons⁽¹²⁾ corroborent cette approche. Dans une action au fond, une société demandait réparation au prestataire de services informatiques à qui elle avait confié l'installation d'un logiciel ERP. Il apparut après expertise que le logiciel fonctionnait correctement après son installation, et que les difficultés aboutissant à un blocage total du système étaient apparues après une tentative d'importation des données existantes de la société cliente dans la base de données du nouveau système d'information. Les attendus cités ci-dessous permettent d'évaluer la complexité de l'opération :

- «Les parties reconnaissent que les données de la s.a. E. ne pouvaient pas être importées dans la base de données nouvelle sans préparation [...]; en cours d'exécution du contrat, deux parties se sont partagé le travail : la préparation des données a été prise en charge par la s.a. U. et l'importation des données proprement dite a été prise en charge par la s.c.r.l. D.»;
- «Il est *probable* que la base de données B. devait pouvoir être adaptée aux besoins de la s.a. E. et il est donc *probable* également qu'une personne connaissant bien cette base de données aurait pu réaliser l'importation dans de bonnes conditions» (extrait du rapport d'expertise)»;
- «Le tribunal note que la s.c.r.l. D. peut être qualifiée d' 'entrepreneur spécialisé' compte tenu de sa formation particulière dans l'utilisation des logiciels B. De ce fait, les attentes du client à son égard peuvent être plus élevées. Par ailleurs, l'opération d'importation des données n'est pas présentée dans la convention comme particulièrement aléatoire, pour autant que les données soient prêtes à l'emploi [...] dans le cas présent, on peut effectivement considérer que l'aléa était suffisamment restreint pour que l'on ait affaire à une obligation de résultat».

La qualification retenue par le tribunal d' «obligation de résultat» dans le chef de l'entrepreneur pour l'opération d'importation des données ne doit pas tromper, elle résulte d'éléments de fait propres au dossier tels que la limitation de la mission de cet entrepreneur à la seule importation des données, indépendamment de l'opération de préparation, confiée à une autre entreprise, et pour laquelle l'expert ne relève pas de malfaçons, ou encore la description très laconique de cette importation de données dans le contrat. Le transfert de données, dans son ensemble, apparaît bien comme une opération complexe, nécessitant entre autres une connaissance approfondie de la base de données, une analyse des données existantes et l'utilisation d'outils d'importation puissants pouvant donner lieu à des altérations du logiciel⁽¹³⁾.

Ajoutons encore que la jurisprudence a déjà reconnu, dans un cas similaire (installation de la nouvelle version d'un logiciel de gestion), l'obligation du prestataire informatique de «s'assurer personnellement de l'existence d'une copie de sauvegarde complètement à jour sans se fier aux affirmations des utilisateurs qui ne disposent pas de qualification en la matière» lorsqu'il sait qu'une telle opération pourrait entraîner l'effacement de certaines données, faute de quoi il pourrait être tenu responsable du dommage occasionné par la perte de ces données⁽¹⁴⁾.

IV. Un droit à la restitution des données en fin de contrat? Examen des positions en présence

Ces prémisses – importantes – étant posées à propos de l'opération de transfert d'une base de données en elle-même, se pose la question de la façon dont le droit l'envisage au terme d'un contrat par lequel un client a stocké ses données dans un système fourni par un opérateur informatique, et dont ce dernier a la maîtrise.

⁽¹²⁾ Comm. Mons, 21 octobre 2008, R.G. n° A/03/216, *inédit*. Également cité par H. JACQUEMIN, «Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)», chapitre 2, «Contrats informatiques», *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, pp. 30 et 38.

⁽¹³⁾ Ces éléments sont expressément constatés dans le jugement, celui-ci citant sur certains points le rapport d'expertise.

⁽¹⁴⁾ C.S.J. Luxembourg, 5 février 2003, *D.A. O.R.*, 2003, pp. 47-62, note H. JACQUEMIN, «Comment sanctionner la perte de données lors de la fourniture d'un logiciel standard?».

Nous envisagerons les arguments pouvant être invoqués par un opérateur pour s'opposer à un tel transfert, et ceux que peut avancer un client pour l'exiger. Nous esquisserons enfin les mécanismes juridiques permettant d'arbitrer ces positions antagonistes.

A. *L'opérateur peut-il refuser la restitution des données?*

L'opérateur informatique pourrait juger opportun de refuser au client la restitution de ses données en fin de contrat. S'il peut être motivé par des considérations purement commerciales (garder le client «captif» de ses services ou le placer dans une position délicate en vue de négociations ultérieures) un tel refus peut également être justifié par des éléments beaucoup plus stratégiques et, nous semble-t-il, légitimes.

Comme nous l'avons illustré plus haut, l'architecture de ses bases de données constitue l'expression d'un certain savoir-faire de ce prestataire. D'autre part, vu l'imbrication étroite entre un logiciel ERP et la base de données que ce logiciel utilise, la structure et les liens entre les différentes tables peuvent révéler de précieuses informations sur le fonctionnement du logiciel lui-même. On comprend dès lors la réticence d'un opérateur à porter ces informations à la connaissance de ses clients, et plus encore d'un autre fournisseur qui développe un système informatique concurrent.

Ces éléments relèvent assurément du *know-how* du prestataire informatique et peuvent donc être considérés comme des *secrets d'affaire*. Bien que ceux-ci ne soient pas protégés

formellement, un intérêt légitime à la conservation de ce secret doit être reconnu. Cette protection sera d'autant plus facile à invoquer par le fournisseur si le contrat qui le lie au client contient une clause de confidentialité, très fréquente en pratique.

Ensuite, la base de données peut faire l'objet d'une *protection par le droit d'auteur*⁽¹⁵⁾, accordée automatiquement par la loi lorsque, par le choix ou la disposition des matières, elle constitue une création intellectuelle propre à son auteur⁽¹⁶⁾. Cette protection nous semble devoir être accordée, la plupart du temps, aux bases de données complexes comme celles utilisées par les ERP, dans la mesure où la structure de la base de données relèvera souvent de véritables choix opérés par leurs créateurs⁽¹⁷⁾.

Le droit d'auteur comporte notamment le droit moral de divulgation⁽¹⁸⁾, permettant à l'auteur de décider s'il entend porter cette œuvre à la connaissance du public ou pas⁽¹⁹⁾. Il lui permet de décider de l'opportunité et du moment de cette première communication. Si l'application de cette disposition aux programmes d'ordinateur fait l'objet d'une controverse en raison de la formulation de la loi sur les programmes d'ordinateur⁽²⁰⁾, il n'y a en revanche pas de raisons, à notre sens, de la refuser aux bases de données puisque l'article 20bis de la L.D.A. renvoie simplement au régime général du droit d'auteur⁽²¹⁾. L'auteur de la base de données peut donc décider de la divulguer ou non⁽²²⁾.

En outre, on rappellera que la communication au public et la reproduction sont des prérogatives exclusives du titulaire du droit d'au-

⁽¹⁵⁾ Article 20bis de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (la «L.D.A.»); B. MICHAUX, *Droit des bases de données*, Kluwer, 2005, n^{os} 127 et s.

⁽¹⁶⁾ Elle pourrait éventuellement être également protégée par le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur (loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur), si l'on considère qu'elle est un élément d'un logiciel ERP.

⁽¹⁷⁾ On considérera alors que les choix opérés dans la disposition des matières remplissent le critère d'originalité requis par la loi.

⁽¹⁸⁾ Article 1^{er}, §2, de la L.D.A.

⁽¹⁹⁾ A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 2001, n^o 81.

⁽²⁰⁾ *Ibidem*, n^o 238.

⁽²¹⁾ Dans ce sens, B. MICHAUX, *op. cit.*, n^o 156.

⁽²²⁾ On pourrait toutefois soutenir que la base de données a fait l'objet d'une première divulgation (seule couverte par ce droit), par sa mise à la disposition des clients. Cette objection ne nous semble pas devoir être suivie. L'utilisation de la base de données par les clients se fait à travers un logiciel qui ne permet pas d'en voir la structure. Or, c'est précisément cette structure qui est protégée par le droit d'auteur. Il nous semble que dans le cadre de cette utilisation à travers un logiciel, elle n'est pas portée à la connaissance du public, et donc qu'aucun acte de divulgation n'a eu lieu.

teur⁽²³⁾. Il semble donc parfaitement légitime, de la part de l'opérateur informatique, de refuser d'exercer des actes qui tombent indéniablement dans cette catégorie (la copie et la fourniture au client de la base de données), sauf bien entendu s'il s'est contractuellement obligé à le faire.

Ajoutons encore que le prestataire peut avoir prévu des *mesures techniques de protection* pour limiter les usages possibles de sa base de données. Ce sera très souvent le cas dans le contexte de la fourniture d'un logiciel ERP : seul l'accès à la base de données via ce logiciel sera rendu possible au client, l'opérateur informatique se réservant la possibilité d'y intervenir en direct⁽²⁴⁾. Ces mesures techniques sont juridiquement protégées depuis 2005 : les actes de contournement sont érigés en infractions pénales, de même qu'un certain nombre d'actes préparatoires ou périphériques⁽²⁵⁾. Ce type d'agissement peut également être poursuivi sur le plan civil, notamment dans le cadre d'une action en cessation.

En définitive, il apparaît que la spécificité de la matière provient essentiellement du fait que les données du client sont stockées dans et selon l'organisation de la base de données du prestataire. Ainsi, la communication des données sous leur forme actuelle entraînera nécessairement la communication de la structure de la base. Et si l'opérateur sera bien souvent d'accord avec le principe du transfert, c'est cette conséquence qu'il entend absolument éviter et qui motivera un éventuel refus de sa part.

D'autre part, l'exportation des données du client vers un fichier qui ne révèle pas la structure de la base de données du fournisseur initial ou qui est facilement importable dans

celle du nouveau prestataire constitue une opération délicate et d'une certaine envergure.

Ces considérations peuvent amener le fournisseur à vouloir *soumettre son accord à la migration des données du client à certaines conditions* : paiement des prestations supplémentaires qu'il devrait effectuer et qui ne sont pas prévues dans le contrat initial, accord sur les modalités de cette opération⁽²⁶⁾ (délais, répartition des responsabilités, nature des obligations), signature par le client d'une convention garantissant les droits intellectuels du fournisseur⁽²⁷⁾ ou d'un accord de confidentialité, désignation par le client d'un prestataire spécialisé devant accomplir l'opération, etc. Des exigences de ce genre ne paraîtraient pas injustifiées, à tout le moins quant à leur principe.

B. Y a-t-il un droit du client à la restitution de ses données ?

À l'autre bout du lien contractuel, le client d'un opérateur informatique a-t-il un droit à se voir restituer ses données en fin de contrat, pour les réinstaller sur son système ou les confier à un autre prestataire ? Si le bon sens paraît prescrire une réponse affirmative, il nous semble en revanche que les bases juridiques pour exiger une telle restitution sont plutôt incertaines.

Les droits intellectuels sont *a priori* impuissants à cet exercice. Quand bien même les éléments introduits dans la base de données par le client seraient couverts par le droit d'auteur, ce qui sera rarement le cas⁽²⁸⁾, celui-ci accorde au titulaire certaines prérogatives exclusives et, partant, ne lui confère à l'égard des tiers qu'un droit d'autoriser ou d'interdire

⁽²³⁾ Article 1^{er}, § 1^{er}, de la L.D.A.

⁽²⁴⁾ Cette pratique est également motivée par des considérations liées à la sécurité : il s'agit d'une part d'empêcher les tiers d'accéder aux données, d'autre part d'empêcher le client lui-même de provoquer des erreurs dans la base en y intervenant directement, alors qu'il n'en connaît pas bien le fonctionnement.

⁽²⁵⁾ Articles 12bis et 12ter de la L.B.D., articles 79bis et 79ter de la L.D.A.; sur la protection des mesures techniques de protection, voy. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, Bruxelles, 2007.

⁽²⁶⁾ Le fournisseur informatique subordonnait la migration des données à un tel accord du client dans l'espèce ici commentée.

⁽²⁷⁾ Pour un exemple d'une telle exigence formulée par un prestataire à propos de la communication des codes sources de son logiciel : Civ. Mons, réf., 20 mars 1989, *Act. dr.*, 1992, 1341, note V. DEHIN.

⁽²⁸⁾ On peut légitimement douter de la protection par le droit d'auteur de la majorité des données stockées dans la base de données d'un logiciel de gestion, qui rempliront rarement le critère d'originalité requis. Sur ce critère, voy. F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruxelles, 2000, n^{os} 15-33.

certain usages de son œuvre⁽²⁹⁾. L'auteur pourrait ainsi parfaitement s'opposer à toute reproduction ou communication au public du contenu de la base de données par l'opérateur informatique à l'issue du contrat, voire exiger qu'il le détruise. Ses droits intellectuels ne lui donnent en revanche pas les moyens d'imposer à ce fournisseur une obligation positive de poser un acte couvert par le droit d'auteur – en l'espèce une communication de l'œuvre, en fusse-t-il lui-même le destinataire.

La même remarque s'applique, *mutatis mutandis*, à propos du droit du producteur d'une base de données. D'abord parce qu'il suppose que cette qualité de producteur puisse être reconnue au client de l'opérateur informatique⁽³⁰⁾ et que les conditions de la protection par le droit *sui generis* soient remplies⁽³¹⁾. Ensuite et surtout parce que l'objet de ce droit se limite à permettre au producteur «d'interdire l'extraction ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie, qualitativement ou quantitativement substantielle, du contenu de cette base de données»⁽³²⁾.

La reconnaissance par la loi sur le droit d'auteur d'un droit d'accès⁽³³⁾ ne nous paraît pas davantage décisive. D'une part, rappelons-le, ce droit ne pourrait jouer qu'à l'égard des données protégées par le droit d'auteur. D'autre part, la règle ne semble s'appliquer qu'à l'auteur au sens strict, c'est-à-dire la ou les personnes (physiques) ayant créé l'œuvre⁽³⁴⁾. Enfin, il n'accorde à l'auteur qu'un accès *raisonnable pour l'exercice de ses droits patrimoniaux*, en d'autres termes un accès lui permettant de réaliser une copie de son œuvre. À cet égard, la possibilité de consulter ses données via un logiciel de gestion paraît largement suffisante.

Cette disposition, typiquement conçue pour permettre au peintre ou au sculpteur de réaliser une photographie de ses œuvres après en avoir cédé la propriété (matérielle), nous semble clairement insuffisante pour exiger la fourniture d'une copie complète d'une base de données.

Un contrat de dépôt portant sur les données du client est-il conclu entre les parties, qui entraînerait une obligation de restitution dans le chef du fournisseur informatique reconnu dépositaire? Il nous semble que cette qualification ne sied que très imparfaitement à la situation envisagée. Sans entrer dans des développements détaillés, nous pointerons ici quelques éléments problématiques à cet égard.

L'objet du contrat de dépôt est la garde et la restitution de la chose par le dépositaire. Si tel n'est pas l'élément principal du contrat, il ne peut se concevoir de dépôt⁽³⁵⁾. Il arrive cependant que la jurisprudence qualifie certaines conventions de contrats mixtes, et reconnaisse par exemple un contrat principal de louage d'industrie assorti d'un contrat de dépôt accessoire. Tel pourrait être le cas dans la matière envisagée, où l'objet principal du contrat sera indiscutablement, selon les cas, une licence d'utilisation d'un logiciel ou la fourniture de services informatiques.

Le contrat de dépôt doit porter sur des choses mobilières, les choses incorporelles en sont en principe exclues. Or, la qualification des données informatiques (et des bases de données) comme biens corporels⁽³⁶⁾ ou incorporels⁽³⁷⁾ fait débat en doctrine. Ensuite, le dépôt suppose une remise de la chose⁽³⁸⁾ (tradition) par le déposant au dépositaire. Outre les interrogations suscitées par la nature de

(29) *Ibidem*, n^{os} 74 et s.

(30) Article 2, 5^o, de la L.B.D. : le producteur d'une base de données est «la personne physique ou morale qui prend l'initiative et assume le risque des investissements qui sont à l'origine de la base de données».

(31) Article 3, alinéa 1^{er}, de la L.B.D., qui retient comme condition de la protection «l'investissement qualitativement ou quantitativement substantiel». Sur cette condition, voy. B. MICHAUX, *op. cit.*, n^{os} 64 et s.; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, n^o 286; A. STROWEL et J.-P. TRIALLE, *op. cit.*, n^{os} 399 et s.

(32) Article 4, alinéas 1^{er} et 2, de la L.B.D.; B. MICHAUX, *op. cit.*, n^o 362.

(33) Article 3, §1^{er}, alinéa 3, de la L.D.A. : «L'auteur aura accès à son œuvre dans une mesure raisonnable pour l'exercice de ses droits patrimoniaux».

(34) Dans ce sens, F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, n^o 399.

(35) M.-F. DE POVER, «Le dépôt», *Rep. not.*, t. IX, livre I, Larcier, 1993, n^o 25.

(36) Dans ce sens, J.-P. TRIALLE, «Responsabilité du fait des produits : logiciels, banques de données et informations», *D.I.T.*, 1990/4, pp. 37-42; 1991/1, pp. 30-33.

(37) Dans ce sens, E. MONTERO, «La responsabilité civile du fait des bases de données», Presses universitaires de Namur, 1998, p. 259.

(38) Article 1919 du Code civil.

cette remise dans un contexte dématérialisé, se pose la question de l'effectivité du dessaisissement du déposant, alors qu'il continue à avoir l'accès et la maîtrise de ses données via son logiciel de gestion.

Cette qualification serait-elle même acceptée qu'elle ne permettrait pas de résoudre tous les problèmes du client : d'une part, les frais de la restitution sont à sa charge⁽³⁹⁾, qui pourraient couvrir les frais de migration dans un contexte informatique; d'autre part, la restitution prend en principe place au lieu du dépôt. Des controverses surgiraient inmanquablement quant à la détermination de ce «lieu».

Enfin, le client peut simplement invoquer une obligation conventionnelle de restitution qui pèserait sur le fournisseur. Hors les cas évidents où les parties auront explicitement prévu ou exclu une telle obligation, il faudra se livrer à un délicat exercice d'interprétation de leur volonté, à l'aune du principe d'exécution de bonne foi des conventions. On sera particulièrement attentifs à la formulation des clauses délimitant les services prestés, des clauses concernant les données du client et notamment de la répartition des responsabilités entre les parties à propos des sauvegardes, et de celles régissant la fin du contrat et la survivance éventuelle de certains droits, mais aussi aux clauses protégeant la propriété intellectuelle et le savoir-faire du fournisseur, et à l'étendue des éventuelles licences concédées sur le logiciel ou les bases de données.

On imagine qu'un tel exercice d'interprétation permettra difficilement de trancher définitivement en faveur de la présence ou de l'absence d'un droit à la restitution des données dans le silence du contrat sur ce point, et presque jamais de dessiner les modalités et l'étendue d'un tel droit. Il sera donc particulièrement conseillé d'éviter ce silence par anticipation lors de la négociation et de la rédaction des contrats (*cf. infra*).

V. Un droit de la restitution des données en fin de contrat? Arbitrages juridiques

Les développements qui précèdent font apparaître dans les positions opposées des deux parties des intérêts certains et des bases juridiques à la solidité variable, dont aucune ne semble décisive. La présente section esquisse la manière dont le droit peut arbitrer ces antagonismes.

A. L'exécution de bonne foi du contrat et la théorie de l'abus de droit

L'exécution de bonne foi de la convention par le prestataire informatique implique selon nous que ce dernier ne puisse pas couper brutalement l'accès du client à ses propres données. Si un réel droit du client sur ces données paraît incertain⁽⁴⁰⁾, on ne peut en revanche pas lui nier un intérêt légitime fort à avoir un accès à ces données, qui seront bien souvent nécessaires voire indispensables à son organisation. La balance des intérêts légitimes en présence nous semble pencher en faveur du client à qui on doit donc reconnaître le principe d'un droit à la restitution de ses données en fin de contrat.

Cette obligation ne nous semble cependant pas devoir s'étendre au-delà de ce principe. Des conditions et précautions telles que celles que nous avons envisagées *supra* que le prestataire entendrait imposer concernant les modalités du transfert ne nous semblent pas contraires à son devoir de bonne foi, fussent-elles fort contraignantes et onéreuses pour le client : celles touchant à la confidentialité de la structure des bases de données reposent sur des droits et intérêts solides (droits intellectuels et protection du savoir-faire), et celles concernant les conditions contractuelles et financières de l'intervention du fournisseur doivent pouvoir être librement négociées en vertu du principe de liberté contractuelle et du commerce.

Une autre manière dont le prestataire pourrait s'acquitter de son devoir de bonne

⁽³⁹⁾ Article 1943 du Code civil.

⁽⁴⁰⁾ Il ne peut pas s'agir de propriété matérielle, et bien souvent pas non plus de propriété intellectuelle sur les éléments de la base de données (*cf. supra*). Le droit *sui generis* du producteur de la base de données sera plus facilement invoqué, dans la mesure où le paiement de la licence d'utilisation d'un logiciel ERP pourra vraisemblablement être considéré comme un «investissement substantiel» dans l'organisation des données, qui est la condition de cette protection.

foi dans un tel contexte, parfaitement valable selon nous, serait de laisser au client l'accès au logiciel permettant d'accéder à ses données à la fin du contrat, pendant une période raisonnable lui permettant de consulter et de copier toutes ses informations. Cette position obligerait le client à une extraction manuelle de ses données, certainement fastidieuse; elle pourrait cependant être tout à fait justifiée, par exemple de la part du fournisseur qui estimerait que le client refuse ses offres raisonnables ou n'apporte pas des garanties de confidentialité suffisantes, ou encore qui estimerait n'avoir pas lui-même les capacités techniques pour assurer une migration des données du client dans de bonnes conditions.

Ajoutons encore que l'obligation générale de bonne foi du prestataire ne semble pas impliquer qu'il doive attirer l'attention du client sur la nécessité d'organiser la migration des données en fin de contrat. C'est en tout cas ce que semble indiquer le jugement commenté, qui y voit au contraire une responsabilité du client⁽⁴¹⁾. La position inverse pourrait cependant être également soutenue, au titre du devoir de renseignement, de conseil et de mise en garde qui pèse sur le fournisseur professionnel⁽⁴²⁾. L'intensité de cette obligation variera en fonction de l'espèce.

Les développements qui précèdent sont formulés de façon relativement abstraite, en ayant en vue un contexte qui, s'il constitue sans doute le *quod plerumque fit*, ne correspond certainement pas à toutes les situations particulières. Deux remarques s'imposent à cet égard. *Primo*, s'agissant de l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions, c'est à l'aune du

texte desdites conventions qu'elle doit être appréciée. Leur formulation justifiera éventuellement une position plus stricte ou plus souple à l'égard de l'une ou de l'autre des parties. *Secundo*, la même remarque vaut en ce qui concerne l'estimation de la bonne foi des parties, qui dépendra étroitement des circonstances de fait propres à l'espèce.

Enfin, la théorie de l'abus de droit reste un garde-fou qui protégera le client contre un fournisseur qui utiliserait son droit⁽⁴³⁾ pour lui nuire, ou d'une manière qui lui cause un préjudice disproportionné par rapport aux avantages que le fournisseur en retire. Elle doit pouvoir sanctionner le prestataire qui, par exemple, refuserait purement et simplement toute migration des données du client alors que ce dernier lui propose des solutions commercialement raisonnables et garantissant ses droits intellectuels. Elle devra également empêcher le fournisseur d'abuser de son droit de négociation⁽⁴⁴⁾ (en réalité de sa position de force par rapport au client) en proposant des conditions, notamment financières, déraisonnables.

Ainsi, si les principes généraux d'interprétation et d'exécution des conventions ouvre assurément des portes à un certain droit pour le client à la restitution de ses données, l'on imagine mal les cas dans lesquels celui-ci pourrait s'étendre à la communication de la base de données dans son ensemble, et encore moins aux informations sur la structure de cette dernière.

B. L'éclairage du droit à la divulgation des codes sources⁽⁴⁵⁾

On a déjà souligné la similarité relative entre les codes sources des logiciels et la

⁽⁴¹⁾ Ce fait du client est «à l'origine, à tout le moins en partie, de la situation d'urgence dont il se prévaut actuellement». Cette formulation prend son sens dans le cadre d'une action en référé, dont l'urgence est une condition de recevabilité.

⁽⁴²⁾ E. MONTERO, «Les contrats de l'informatique et de l'internet», *Rep. not.*, t. IX, livre IX, n° 16; J.-P. TRIALLE et R. ROBERT, «Les contrats informatiques», in *Traité pratique de droit commercial*, t. 1, 2^e éd., Kluwer, 2010 (à paraître).

⁽⁴³⁾ Comme nous l'avons indiqué *supra*, le fournisseur pourra dans certains cas invoquer un «droit» à la rétention des données du client : il s'agit soit de ses droits intellectuels sur la base de données (emportant les droits de «non-divulgation» et de «non-communication au public», de son droit à la confidentialité de ses secrets d'affaires, voire d'un droit contractuel si, par exemple, la convention prévoit qu'il n'a aucune obligation de restituer les données.

⁽⁴⁴⁾ Dans cet ordre d'idées, la loi française sanctionne «L'abus de dépendance économique», c'est-à-dire l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires (article L-420-2, alinéa 2, du Code de commerce).

⁽⁴⁵⁾ Sur cette question, voy. E. MONTERO, «La communication des codes sources de logiciels. État de la question à la lumière de la jurisprudence belge et française et de la pratique contractuelle», *op. cit.*; E. MONTERO, «Les contrats de l'informatique et de l'internet», *op. cit.*; A. STROWEL et E. DERCLAYE, *op. cit.*, n° 326.

structure d'une base de données, notamment au niveau de l'intérêt que peut avoir leur auteur à les garder confidentiels. Jurisprudence et doctrine ont déjà eu l'occasion de se prononcer à diverses reprises sur la question de la communication des codes sources à l'utilisateur d'un logiciel. Cet enseignement peut être éclairant dans le contexte du transfert d'une base de données. Il retient essentiellement deux cas pouvant justifier une telle divulgation.

Premièrement, la jurisprudence reconnaît au client, sauf clause contraire, un droit d'accès aux sources des logiciels sur mesure, conçus et réalisés pour répondre à ses besoins propres et selon ses spécifications et dont il finance en général l'entièreté du développement. Cette position se justifie tantôt en qualifiant les sources d'accessoire de la prestation, tantôt sur la base du devoir de bonne foi et de l'obligation corollaire d'information. La même solution s'impose dans le cas où le développeur a cédé au client les droits intellectuels sur le logiciel. Il nous paraît logique de l'étendre aux bases de données, en cas de développement sur mesure ou de cession des droits intellectuels. Cette situation se rencontrera toutefois rarement en ce qui concerne les bases de données utilisées par un ERP, plutôt comparables à un logiciel standard pour lequel aucun droit d'accès au code source n'est d'office reconnu.

Deuxièmement, le client se voit reconnaître un droit à la communication des sources dans les situations où, contre sa volonté, le client se retrouverait pratiquement dans l'impossibilité d'exercer, de façon utile, son droit d'usage. On songe notamment aux hypothèses de cession d'activité ou de faillite du fournisseur, d'incapacité de ce dernier à corriger des défaillances du logiciel, d'arrêt de la maintenance ou d'augmentation prohibitive de son prix, etc.

Cette solution pourrait également s'appliquer à la communication de la structure des bases de données dans les cas d'incidents similaires survenant en cours de contrat. Elle nous paraît par contre difficilement transposable à l'hypothèse de la migration d'une base de données en fin de contrat : dans le cas du logiciel, elle s'appuie sur un droit d'utilisation certain dont bénéficie l'utilisateur légitime; dans le cas de la base de données, l'existence même d'un droit paraît nettement plus incertaine (*cf. supra*, IV, B). La communication d'une base de données complète (en ce compris sa structure) au client doit en tout cas selon nous être réservée aux cas où cette transmission est la seule manière pour ce dernier d'accéder à ses données.

C. Le droit de la concurrence (renvoi)

Le refus d'un prestataire de collaborer à la migration des données, de communiquer la structure de sa base ou l'imposition de conditions (notamment financières) déraisonnables peuvent être constitutifs d'un abus au regard du droit de la concurrence européen⁽⁴⁶⁾ et belge⁽⁴⁷⁾ lorsque ces comportements émanent d'une entreprise en position dominante. La place nous manque ici pour évoquer l'intéressante jurisprudence communautaire en la matière⁽⁴⁸⁾, nous renvoyons le lecteur aux commentaires de la doctrine spécialisée⁽⁴⁹⁾.

D. L'intervention du juge des référés

L'urgence doit être invoquée dans la citation pour établir la compétence du juge des référés; sa reconnaissance est une condition du bien fondé de l'action⁽⁵⁰⁾. Il y a urgence «dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable»⁽⁵¹⁾. Un client craignant d'être privé de ses données à la fin d'un contrat ou de ne pas pouvoir

⁽⁴⁶⁾ Article 82 du Traité.

⁽⁴⁷⁾ Loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique.

⁽⁴⁸⁾ Voy. principalement les décisions dans les affaires *Magill*, C.J.C.E., 6 avril 1995, *Rec.*, p. I-808; *IMS Health*, C.J.C.E., 29 avril 2004, consultable sur www.curia.eu; *Microsoft*, T.P.I.E., 17 septembre 2007, consultable sur le même site.

⁽⁴⁹⁾ Pour un commentaire dans le contexte des bases de données, B. MICHAUX, *op. cit.*, nos 77 et s.; voy. aussi E. DERCLAYE, «L'arrêt *IMS Health*, une décision clarificatrice et salutaire tant pour le droit de la concurrence que pour le droit d'auteur», *A&M*, 2004, pp. 295 et s.

⁽⁵⁰⁾ J. ENGLEBERT, «Le référé judiciaire : principes et questions de procédure», in *Le référé judiciaire*, sous la direction de J. ENGLEBERT et H. BOULARBAH, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2003, p. 7.

⁽⁵¹⁾ Cass., 21 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, 908.

en effectuer la migration dans des conditions raisonnables sera bien souvent dans une telle situation. Doctrine et jurisprudence apportent cependant un sérieux bémol en refusant le référé au demandeur qui a provoqué lui-même la situation d'urgence dont il se prévaut⁽⁵²⁾. Tel sera en principe le cas du client qui connaissait de longue date l'échéance du contrat ou qui l'a lui-même fixée et qui ne s'est pas préoccupé de la migration de ses données dans un délai permettant d'effectuer cette opération dans de bonnes conditions⁽⁵³⁾. Le jugement commenté doit être suivi sur ce point.

Si l'urgence est néanmoins établie, l'intervention du juge des référés pour prescrire une mesure relative à un contrat sera autorisée, sous réserve de ne pas ordonner de mesures qui porteront aux parties un préjudice définitif et irrémédiable⁽⁵⁴⁾. Il ne peut, par l'allocation provisoire d'un droit, entraîner des conséquences irréversibles⁽⁵⁵⁾ et doit donc s'abstenir de prononcer une ordonnance anticipant un droit qui est sérieusement contestable.

Or, la communication d'une base de données (y compris sa structure) est par nature une opération irréversible et très probablement de nature à causer un préjudice définitif et irrémédiable consistant en la divulgation d'informations confidentielles révélatrices du savoir-faire d'un fournisseur informatique⁽⁵⁶⁾. D'autre part, nous avons illustré combien le «droit» du client à la communication de cette base de données est incertain et fragile; il sera donc sérieusement contestable dans la plupart des cas.

L'attitude du juge des référés devra donc être empreinte de la plus grande prudence

face à une demande visant à obtenir une ordonnance obligeant un prestataire à transmettre une copie d'une base de données. Il ne pourra selon nous la délivrer que si le demandeur invoque (et démontre) qu'il est privé de son droit d'accéder à ses données, lequel n'est en principe pas contestable, et s'il n'existe pas d'autres moyens de rétablir un tel accès, moins préjudiciables aux droits du prestataire. L'appréciation des faits, et notamment de l'attitude des parties, pourra ici encore nuancer ces principes.

VI. Organiser la réversibilité⁽⁵⁷⁾

Les développements qui précèdent illustrent abondamment l'incertitude des solutions juridiques entourant la restitution des données du client en fin de contrat et la position inconfortable dans laquelle ce dernier peut être placé. Pour limiter sa dépendance à l'égard du fournisseur, il aura intérêt à exiger dès la négociation du contrat que celui-ci organise de façon détaillée sa «réversibilité», c'est-à-dire la possibilité effective pour le client de mettre fin sans inconvénient à la relation contractuelle, ou encore la faculté et le pouvoir concret pour le client de reprendre, ou faire reprendre par un prestataire, la conduite de son informatique.

Du côté du client, on sera attentif aux éléments suivants :

- prévoir le maintien de son accès à ses données via la solution informatique qu'il utilise, jusqu'à la fin de l'opération de migration, même au-delà de la date de fin du contrat, ainsi que la poursuite de la mainte-

⁽⁵²⁾ Voy. les nombreuses références jurisprudentielles et doctrinales citées par P. MARCHAL, «Les référés», *Rep. not.*, t. XIII, livre VII, Larcier, 1992, n° 16.

⁽⁵³⁾ Sauf à considérer qu'il relève de la responsabilité du fournisseur d'attirer l'attention du client sur ce point, sur cette question, *cf. supra*.

⁽⁵⁴⁾ P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 131.

⁽⁵⁵⁾ G. DE LEVAL, «L'examen au fond des affaires par le juge des référés», *J.T.*, 1982, p. 424.

⁽⁵⁶⁾ Dans ce sens et dans le cadre d'une demande avant dire droit de production des codes sources d'un logiciel : Civ. Bruxelles, 4 mai 2005, R.G. n° 2005/4656/A (inédit) : «Cependant, la demanderesse ne postule pas une expertise mais la production pure et simple du logiciel qu'elle prétend contrefait et de tous ses secrets de fabrication. C'est avec pertinence que la défenderesse fait valoir que la mesure demandée ne permet pas d'instruire la demande selon une procédure contradictoire et aurait pour résultat de déposséder irrémédiablement la défenderesse de ses codes sources et autres informations confidentielles, sans aucune garantie»; *contra* : Civ. Mons, réf., 20 mars 1989, *Act. dr.*, 1992, 1341, note V. DEHIN.

⁽⁵⁷⁾ Sur ce point, voy. J.-P. TRIAILLE, «L'outsourcing du développement de logiciels vers des pays à bas salaire», *op. cit.*; E. MONTERO, «Les contrats de l'informatique et de l'internet», *op. cit.*, n° 86; J.-P. TRIAILLE et R. ROBERT, *op. cit.*; P. LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, 2006, n° 793.

nance. Les conditions financières de cet accès seront également prévues;

- poser expressément l’obligation du fournisseur de restituer les données du client, de préférence sous une forme qui permet de les importer facilement dans une base de données présentant une autre structure, compte tenu des règles de l’art en la matière; l’assortir d’une obligation de collaboration, d’assistance et de fourniture d’informations dans les opérations de migration;
- charger le prestataire d’élaborer, en accord avec le client et dans un certain délai avant la fin du contrat, un plan de réversibilité détaillant les tâches à effectuer dans le cadre de cette opération;
- prévoir la possibilité de réallouer les ressources que le fournisseur fournit au client en vertu du contrat aux opérations de réversibilité, sans surcoût pour le client;
- fixer l’obligation de principe du fournisseur d’accepter de réaliser des prestations supplémentaires raisonnables demandées par le client pour les besoins de la migration, sauf à invoquer une justification objective de refus, et prévoir les conditions financières de ces interventions;
- charger le fournisseur d’effectuer une sauvegarde de la base de données du client avant l’opération de migration, et prévoir éventuellement le dépôt de cette sauvegarde chez un tiers et les circonstances dans lesquelles elle sera divulguée au client⁽⁵⁸⁾;
- prévoir que les obligations concernant la réversibilité s’appliqueront quelle que soit la raison de la fin du contrat, y compris en cas de résiliation pour faute du client.

Du côté du fournisseur, on souhaitera généralement que :

- le client s’engage, dans le cadre d’une convention de confidentialité, à ne pas divulguer à des tiers les informations dont il prendrait connaissance concernant les éléments couverts par la propriété intellectuelle ou le savoir-faire du fournisseur;

- le contrat mentionne expressément que le client reconnaît les droits intellectuels du fournisseur sur la structure de la base de données et que le fournisseur n’est en aucun cas tenu de la lui divulguer;
- la migration des données du client vers un système fourni par un concurrent du prestataire ne puisse être effectuée que par une entreprise tierce, indépendante, non-concurrente du fournisseur et soumise à une obligation de confidentialité, et qu’en outre le client supporte les risques et les coûts de cette opération. Le client aura éventuellement besoin de l’accord formel du fournisseur pour désigner cette entreprise tierce;
- la nature des obligations (de moyen ou de résultat), et les garanties (ou l’absence de garantie) soient précisées si le fournisseur accepte de réaliser certaines tâches relatives à la migration.

Conclusion

Les éléments mis en lumière dans cette contribution font apparaître des prétentions, intérêts et droits des deux parties en présence sur deux éléments différents. Le fournisseur peut légitimement prétendre maîtriser la divulgation de la structure de la base de données, laquelle constitue une expression de son savoir-faire et sera généralement couverte par ses droits intellectuels. Le client peut de son côté exiger l’accès et la maîtrise des informations qu’elle contient. La distinction classique entre contenant et contenu est ici illustrée.

La difficulté de la matière tient essentiellement dans le fait que ces deux réalités intellectuelles différentes prennent corps dans un seul fichier : la base de données. En ce qu’elles visent le même « objet » informatique, les prétentions de l’une et de l’autre des parties sont vouées à entrer en conflit.

C’est pourtant cette distinction qui doit guider le juge saisi d’une telle question : seront excessives la demande du client de restitution du contenu qui entraîne la perte du fournisseur de la maîtrise sur le contenant, et

⁽⁵⁸⁾ On s’inspirera de la pratique courante en matière d’*escrow agreement* concernant les codes sources. Voy. E. MONTERO, « Les contrats de l’informatique et de l’internet », *op. cit.*, n° 62; voy. également les conditions générales de sociétés comme Escrow Europe (<http://www.escroweurope.com>) ou l’Agence pour la protection des programmes (<http://app.legalis.net>).

l'attitude du fournisseur qui en protégeant le contenant prive le client de l'accès au contenu. Le juge saisi dans le cadre d'une action en référé redoublera de prudence à cet égard.

Le principe de la restitution des données et ses modalités de mise en œuvre doivent également être distingués. Si le premier sera dans la plupart des cas reconnu comme un droit du client, les secondes seront soumises à la libre négociation entre les parties. La séparation du contenu et du contenant est une opération délicate, pour laquelle il faudra notamment fixer

le prix, les délais, la répartition des responsabilités, les garanties offertes et la protection des droits intellectuels. Le fournisseur a le droit d'exprimer ses exigences à cet égard, et son éventuelle position de force n'a rien d'illégitime en soi, sous réserve de l'abus de droit.

Face au champ des possibles laissé ouvert par ces considérations, l'organisation conventionnelle de la réversibilité reste pour les deux parties la solution la plus sûre.

François COPPENS ⁽⁵⁹⁾

⁽⁵⁹⁾ Chercheur au C.R.I.D. (F.U.N.D.P.), avocat au barreau de Bruxelles, De Wolf & Partners. L'auteur remercie Jean-Paul Triaille et Romain Robert pour leur relecture attentive et leurs précieux conseils.