

Arrêt de la Cour de cassation ch.com., du 25 novembre 1997**Agi 32 c/ Exa publications, Excelsior informatique**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Agen, 20 février 1995), que la Société Agi 32 a acheté un exemplaire de la revue mensuelle éditée par la Sté Exa publications, aux droits de laquelle vient la Sté Excelsior informatique ;

Que dans cette revue, était insérée une disquette de gestion bureautique qui s'est révélée être infectée d'un virus ;

Qu'Agi 32 a introduit une instance pénale contre MM. M. et S., tiers aux sociétés de publication, et a assigné celles-ci devant la juridiction civile en paiement de dommages intérêts, en raison du préjudice subi du fait de la contamination de son système informatique ;

Sur le premier moyen pris en ses deux branches

Attendu qu'Exa publications et Excelsior Informatique font grief à l'arrêt d'avoir refusé de faire droit à la demande de sursis à statuer ; alors selon le pourvoi, d'une part, que l'identité de cause d'objet et de parties n'est pas une condition d'application de l'article 4 al. 2 du code de procédure pénale et qu'en décidant le contraire pour écarter la demande de sursis à statuer présentée par Excelsior Informatique, la Cour d'appel a violé, par fausse application, ledit texte ; alors d'autre part, que si la juridiction pénale devait déclarer MM. M. et S. coupables des délits prévus par l'article 462-3 et 462-4 du code pénal, Agi 32 serait en droit en sa qualité de partie civile d'obtenir réparation du préjudice matériel. résultant de l'utilisation d'une disquette infectée par leurs soins et notamment, de la perte de son chiffre d'affaires ; que dès lors, la décision à intervenir au pénal serait de nature à influencer sur le montant des condamnations qui seraient éventuellement mises à la charge d'Excelsior Informatique ; que dès lors, à supposer que la Cour d'appel, nonobstant l'erreur de droit commise, puisse être considérée comme ayant recherché si la décision à intervenir au pénal était de nature à influencer sur la décision rendue au civil, elle ne pouvait refuser le sursis à statuer sans violer l'article 4 al. 2 du code de procédure pénale ;

Mais attendu, d'une part, qu'en relevant que la décision pénale à intervenir sur les fautes délictuelles de MM. M. et S. n'avait aucune incidence sur la définition de la consistance des

obligations du vendeur, l'arrêt n'encourt pas le grief de la première branche ;

Attendu, d'autre part, que la cour d'appel a constaté qu'Excelsior n'avait pas prétendu ni justifié qu'Agi 32 avait effectivement indemnisé dans le cadre de l'instance pénale ; qu'elle a relevé également que la constitution de partie civile d'Agi 32 à l'encontre de MM. M. et S. n'avait pu épuiser les droits d'Agi 32 à l'encontre de son vendeur ; que de ces constatations, elle a déduit justement qu'il n'y avait pas lieu à surseoir à statuer ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le deuxième moyen pris en ses deux branches :

Attendu qu'Exa publications et Excelsior Informatique reprochent également à l'arrêt d'avoir considéré que la disquette litigieuse constituait un élément du contrat de vente et d'avoir condamné Excelsior Informatique à garantir Agi 32 des conséquences dommageables du virus affectant la disquette ; alors, selon le pourvoi, d'une part que la disquette distribuée gratuitement avec la revue dont le prix restant inchangé, n'ayant pas été fabriquée par Excelsior Informatique, le vice résultant de la présence du virus n'étant pas lié aux modalités de vente du produit, la Cour d'appel ne pouvait, sans violer les articles 1134 et 1641 du Code civil considérer que la disquette était un élément du contrat de vente et que cette Société était tenue des obligations légales du vendeur ; alors, d'autre part, que la présence du virus dans la disquette résultant d'une intention frauduleuse, ce pourquoi les auteurs ont été poursuivis, échappant à la Sté distributrice de la revue, la Cour d'appel ne pouvait, sans violer à nouveau les dispositions de l'article 1641 du code civil, considérer que le caractère imprévisible et irrésistible du fait du tiers n'était pas démontré ;

Mais attendu, d'une part, que l'arrêt constate que la disquette insérée au milieu du Journal et fixée à ce support, ne pouvait être physiquement dissociée avant que l'acquisition de la revue permette d'en disposer ; qu'il relève également que cette revue comportait sur la couverture un encart publicitaire, mentionnant la présence de la disquette gratuite, destiné à favoriser la vente de la revue, que sur cette disquette figurait le logo "Soft & Micro" faisant apparaître la

participation d'Exa publications dans sa distribution ; que de ces constatations, la Cour d'appel a déduit justement que la disquette constituait l'un des éléments du contrat de vente et qu'Exa publications était dès lors tenue, en ce qui la concernait, des obligations légales du vendeur ;

Attendu, d'autre part que l'arrêt retient que le risque de contamination par virus était un risque connu dans le domaine informatique, ayant suscité une abondante littérature ainsi que la mise au point de logiciels de détection et de suppression des virus, et d'une véritable stratégie de défense à l'égard de ces risques d'infection ; qu'il constate également que la Sté Excelsior avait élaboré un logiciel antivirus, ce qui confirme sa maîtrise dans ce domaine et corrobore sa qualité de professionnel ; qu'il relève qu'elle avait procédé à un contrôle sur la disquette de démonstration, démontrant par là que ce contrôle était usuel et réalisable ; que de ces constatations, la Cour d'appel a pu déduire exactement que le caractère imprévisible et irrésistible du fait d'un tiers n'était pas démontré ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le troisième moyen :

Attendu qu'Excelsior informatique et Exa publications font le même reproche à l'arrêt ; alors, selon le pourvoi que la faute de la victime doit être prise en considération, qu'elle a contribué à la réalisation de son dommage ; qu'en affirmant le contraire, la Cour d'appel a violé, par fausse application, l'article 1147 du code civil ;

Mais attendu qu'en retenant qu'Excelsior informatique reprochait seulement à Agi 32 de n'avoir pas utilisé le logiciel antivirus réalisé par elle, la Cour d'appel a caractérisé l'absence de faute d'Agi 32, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par le moyen ; que celui-ci ne peut être accueilli.

Par ces motifs :

La Cour :

- rejette le pourvoi ;
- condamne les Sté Excelsior Informatique et Exa publications aux dépens.