

L'ASBL


**DROIT  
&  
NOUVELLES  
TECHNOLOGIES**
<http://www.droit-technologie.org>

présente :

## « Transmillenium et assurances RC Entreprise »

**Jean-François DENTANT**

 Licencié en Droit  
 Licencié en Droit et Economie des Assurances (U.C.L.)

**S.A. RONVAUX & Co**
[sa.ronvaux.jfd@ibm.net](mailto:sa.ronvaux.jfd@ibm.net)

« *Hinc via, Tartarei quae fert  
Acherontis ad undas* »  
 Vergil., *Aeneis*, VI, v. 295.

### INTRODUCTION<sup>1</sup>

A quelques portées de fusil d'un des réveillons les plus fantasmagoriques de toute l'histoire de l'humanité, quand les pythies et autres oracles de la *cyber-eschatologie* agitent avec toujours plus de frénésie le spectre des responsabilités liées au funeste « Bogue 2000 », la question de l'assurance surgit, inévitable, gorgée d'espairs ... et de déceptions cuisantes.

Dans l'échauffement où se trouvent actuellement les esprits, il nous est apparu opportun de consacrer à cette problématique une modeste réflexion, volontiers audacieuse, parfois irrévérencieuse. Mais ce ton ne sied-il pas à l'atmosphère d'une fin de millénaire ?

Nous n'étudierons pas ici l'écheveau complexe des responsabilités relatives au problème de la transmillénarité informatique, ni les possibilités de transfert conventionnel des risques auprès d'un co-contractant, autre qu'un assureur, qui ont déjà fait l'objet de plusieurs contributions<sup>2</sup>. Seule la technique des contrats d'assurance retiendra notre attention.

<sup>1</sup> Texte légèrement remanié du rapport présenté au colloque consacré à la rédaction des contrats informatiques, organisé par l'E.F.E., à Bruxelles, les 24 et 25 mars 1999 (précédente publication : *R.G.A.R.*, sept. 1999, n° 13121<sup>1</sup> et s.). L'auteur tient à remercier cordialement Mademoiselle Stéphanie VAN CAENEGHEM, pour les nombreux documents qu'elle eut l'amabilité de lui transmettre.

<sup>2</sup> Voy. not. l'étude de Maître Yves Brulard, présentée lors du colloque de l'E.F.E. susmentionné : « Passage à l'an 2000 et gestion des contrats informatiques : Déterminez la chaîne de responsabilités » ; C. LEERMAKERS et A. RAUÏS, *Le passage de l'an 2000 : responsabilités, risques et recours*, Cahier n° 48 - Droit de l'informatique, Cabinet DE BACKER & ASSOCIES, sept. 1998 ; E. MONTERO, « Les programmes d'ordinateur et le passage à l'an 2000 », *J.T.*, 1998, p. 369 ; H. KEULERS, « Produktaansprakelijkheid en buitencontractuele aansprakelijkheid », in *Actes du Colloque JAAR 2000*, organisé par Info Topics, Diegem, 10 nov. 1998 ; X., « Aspects juridiques et Assurances », Groupe de travail n° 5, *Forum Millésime 2000*, <http://www.y2000.fgov.be> (site Internet du Gouvernement belge).

Pour la France, voy. not. A. MENAIS, « Passage à l'an 2000 : réflexions sur les aspects juridiques », <http://www.biozone.ml.org/juriscom/an2000.htm> ; voy. ég. le résumé de l'étude juridique réalisée pour le CIGREF par Jean Laurent Santoni en juin 1996, <http://www.themis-rd.fr/francais/an2000/fjurcour.htm>. En jurisprudence : Trib. Comm. Créteil, 16/06/1998 (Aff. 24/24 c/ Novatel et Sema Group), publié sur le site <http://www.biozone.org/juriscom/jurisfr/an2000.htm>, avec le commentaire d'A. MENAIS ; C. Appel de Dijon, 1ère Ch., 04/02/1999 (Aff. Jean M. et Georges R. c/ Bel Air Informatique), in *Expertises*, mars 1999, p. 74.

Après quelques considérations générales sur l'assurance de la R.C. Entreprise à l'aube de l'an 2000, notre exposé se divisera en deux parties principales :

1. Le problème de l'assurabilité du risque RC lié à l'an 2000, où nous envisagerons la position des compagnies sur le marché belge<sup>3</sup>, dénoncerons la confusion terminologique actuelle (entre les notions d'aléa, de risque aléatoire, risque résiduel et d'accident) et les limites de l'exception tirée de l'absence d'aléa ;
2. Les alternatives légales et conventionnelles données à l'assureur, où nous analyserons les possibilités pour l'assureur de réduire ou d'exclure sa prestation indépendamment de l'absence prétextée d'aléa.

## CHAPITRE I<sup>ER</sup> - L'IMPACT DE LA TRANSMILLENNARITE SUR L'ASSURANCE « RC ENTREPRISE »

### Section 1<sup>ère</sup> - « Bug 2000 » : *Quid est ?*

L'on sait aujourd'hui que les risques de défaillance des applications informatiques utilisant une date codifiée en deux caractères ne concernent pas uniquement le prochain réveillon. Derrière la métonymie du « millenium bug » se cachent en réalité plusieurs problèmes, que nous rappellerons brièvement :

- 1°) le comportement des fonctionnalités informatiques lors du changement de millénaire ou l'interprétation correcte d'une année symbolisée par un double « 0 » (*continuum* temporel ou retour vers le passé<sup>4</sup> ?) ;
- 2°) l'an 2000 est une année bissextile (il contient un 29 février, au contraire de l'année 1900 à laquelle un programme risquerait d'assimiler le binôme « 00 ») ;
- 3°) la compréhension correcte, par certains systèmes informatiques, du symbole « 9.9.99 » (99 signifie parfois, selon le langage de programmation, *infini, end of file, delete*)<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Nous limiterons en effet notre analyse au seul marché belge. Le marché européen fait preuve d'une relative souplesse dans l'approche du problème, à l'exception notable du Royaume-Uni qui applique une politique systématique d'exclusion du risque. Sur cette question, voir not. X., « L'an 2000 et ses retombées sur les assurances : une réunion d'information du bureau de la division DC », in *Assurinfo*, 01/01/1998 ; P. LECORFF, « An 2000 : exclusion ou défaut d'aléa ? », *La Tribune de l'Assurance*, sept. 1998, p. 40.

<sup>4</sup> « 00 » pourrait être considéré tantôt comme l'année « 1970 », tantôt « 1980 », « 1900 » ... selon les choix de chaque constructeur.

<sup>5</sup> « 99 » peut indiquer que l'année n'a pas encore été renseignée, qu'elle est « vide ». Mais d'autres dates peuvent créer des problèmes. Ainsi l'A.B.A.M. (Association belge des Assureurs Maritimes) a-t-elle stigmatisé les risques de défaillance informatique liés à la réinitialisation du système GPS (« Global Positioning System »), le **21/08/1999**. Pour cette association, les dates critiques sont, outre le 01/01/2000 : 01/01/1999, 21/08/1999, 22/08/1999, 09/09/1999, 31/12/1999, 29/02/2000, 01/03/2000, 31/12/2000, 01/01/2001.

Le 9 septembre 1999 aura donc (peut-être ?) suscité sa part de sueurs froides, sans pour autant avoir l'ampleur d'une répétition générale du crash informatique redouté pour la Saint-Sylvestre ...<sup>6</sup>

Outre le problème d'interprétation « ponctuelle » de ces dates, il faut encore craindre le phénomène d'instabilité baptisé « effet Crouch-Echlin », qui provoque des bonds temporels aléatoires dans le décompte des jours et des mois au-delà de l'an 2000. Cette instabilité a été constatée, lors de tests de compatibilité prolongés, même sur des machines dont le composant BIOS<sup>7</sup> avait été corrigé pour intégrer le passage du nouveau millénaire<sup>8</sup>.

Le problème de la transmillénarité au sens large concerne tout composant informatique qui recourt à la datation: le hardware (au niveau de l'horloge interne de la carte-mère), le software (logiciels achetés et programmes conçus par les entreprises<sup>9</sup>) et les microprocesseurs intégrés qui travaillent avec une date, même si celle-ci n'est pas exprimée de manière explicite et ne prend part au processus que sur le plan interne (les tristement célèbres « embedded systems »)<sup>10</sup>.

Si tous les secteurs d'activités sont visés, certains sont plus vulnérables que d'autres au « Y2K ». Il s'agit notamment des activités de *services informatiques* (fournisseurs de matériel et de logiciels, bureaux de conseils en informatique), *fourniture d'énergie* (distribution d'électricité, systèmes de refroidissement, de chauffage et de climatisation), *télécommunications, transactions financières, sécurité* des personnes et des biens en tous lieux (systèmes de protection et d'alarme, d'alimentation et d'évacuation), *services d'urgence et de secours, fourniture des moyens de subsistance, production des biens industriels* (unités de traitement et de production automatiques), *services publics* (par exemple l'état civil, l'Office des Pensions), *échanges commerciaux*, etc.

Dans une économie étroitement dépendante de l'informatique et dont les interconnexions sont multiples, l'impact de sinistres éventuels sera rarement confiné à l'un ou l'autre tiers victime. Ainsi peut-on craindre un effet domino<sup>11</sup> ou, en termes d'assurance, un déferlement de *sinistres sériels*.

<sup>6</sup> L'internaute, consultant le présent article après le « 09/09/99 », excusera l'emploi de cette réserve par l'auteur qui, au moment de l'ultime retouche rédactionnelle (juin 1999), ignorait légitimement ce qu'il adviendrait des applications informatiques au-delà de cette date ...

<sup>7</sup> Le BIOS ou « Basic input output system » est un logiciel qui gère les fonctions élémentaires d'un PC. Il déclenche notamment le diagnostic de l'ordinateur quand on l'allume. Le BIOS est intégré dans une puce électronique dont le contenu peut être modifié (transformation de la date de 2 à 4 chiffres).

<sup>8</sup> Voir l'article de D. DELBECQ paru dans le journal *Le Monde*, 20/11/1998, p. 25.

<sup>9</sup> Par exemple des systèmes de comptabilité et d'inventaire, de documentation et de stockage informatisés, de traitement de production ...

<sup>10</sup> On les retrouve notamment dans les fax, répondeurs, GSM, systèmes de sécurité et d'accès - verrouillages de portes d'immeubles, barrières de parking -, machines-outils, fours, machines à café programmables, magnétoscopes, thermostats, pacemakers, systèmes Bancontact (contrôle de validité de la carte), tableaux de bords d'avions, etc.

<sup>11</sup> L'effet domino aboutit à une crise systémique et désigne la propagation d'un dysfonctionnement sur l'ensemble de l'économie (d'après C. FABRE, « Passage à l'an 2000 : attention il y a urgence ! », in *L'Argus*, 20 mars 1998, p. 27).

Pensons, par exemple, aux défaillances potentielles affectant des productions en séries, des architectures en réseaux développées à partir de stations de travail ou des serveurs sur lesquels des milliers d'ordinateurs peuvent être connectés (un serveur synchronisant sur sa date et son heure tous les postes de travail branchés sur lui). Un sinistre informatique affectant un fournisseur quelconque peut également entraîner des conséquences catastrophiques pour son client, obligé d'interrompre sa production ou de suspendre ses commandes ...

## Section 2 - Nature des dommages et garanties d'assurance susceptibles d'intervenir

Les dommages que l'entreprise peut causer aux tiers, du fait d'une défaillance de ses installations, de ses produits ou de ses services qui serait liée au passage à l'an 2000, peuvent consister à la fois en dommages corporels, dommages matériels ou dommages immatériels.

Exemples :

1°) Dommages corporels : défaillance d'un appareil de radiographie assisté par ordinateur qui défonce la cage thoracique d'un patient au lieu de se poser délicatement sur sa poitrine<sup>12</sup>.

2°) Dommages matériels et immatériels consécutifs (pertes de profits, de jouissance, de clientèle, de parts de marchés, etc.) : défaillance du système de contrôle d'une ligne de production, installé par une société d'automation, qui provoque la destruction de biens (dommages matériels) et l'arrêt de la production pendant une période prolongée (dommages immatériels).

3°) Dommages immatériels purs (dommages immatériels en l'absence de tous dommages matériels ou corporels) : le même programme de contrôle flanche mais ne provoque qu'un arrêt de production, en l'absence de tous dommages matériels préalables. Autre exemple : une société d'ingénierie informatique conçoit un logiciel de comptabilité sur mesure, mais qui ne passe pas le cap de l'an 2000. Une défaillance occasionne alors une série d'erreurs faussant les résultats comptables. Des journées de travail supplémentaires sont nécessaires pour effectuer les corrections.

En termes d'assurances RC Entreprise, les garanties éventuellement applicables (RC Exploitation/après livraison/RC professionnelle) dépendront de la nature et des circonstances des dommages causés aux tiers.

Les dommages peuvent survenir *pendant l'exploitation* des activités et *du fait de cette exploitation* (*supra*, 1° : cas de l'hôpital dont l'équipement est défectueux). L'on parlera alors de sinistres relevant de la garantie « **RC Exploitation** ». Celle-ci ne couvre en principe que la responsabilité extracontractuelle de l'entreprise.

<sup>12</sup> L'exemple est cité par J.-P. TRIAILLE, à propos de la problématique générale des dommages causés par des logiciels défectueux, in « L'application de la Directive communautaire du 25/07/1985 (responsabilité du fait des produits) au domaine du logiciel », R.G.A.R., 1990, n° 11617.

Les dommages peuvent encore survenir *après la livraison* de produits ou la réception de travaux qui s'avèreraient ensuite défectueux (*supra*, 2° : cas de la société d'automation). C'est alors le volet « **RC Après Livraison** » qui est susceptible d'intervenir. Il couvre aussi bien la responsabilité contractuelle qu'extracontractuelle de l'entreprise, dans les limites usuelles de ce type de couverture.

Le véritable critère de distinction entre les garanties « RC Exploitation » et « RC Après Livraison » est celui de la survenance des *dommages*, non celui de la localisation du fait générateur (vice, erreur de conception, défaut de présentation ...) qui se situera presque toujours dans la phase d'exploitation.

Les polices définissent généralement les « produits » comme des « biens meubles tangibles », des « biens corporels » ou des « biens palpables ». Le caractère tangible exigé ici permet d'exclure les biens immatériels, les services ou les produits de l'intellect, dont les conséquences dommageables pourront trouver une couverture plus adaptée dans une police du type « RC Professionnelle ».

Si les biens contenant des systèmes embarqués ne posent guère de problèmes quant à leur nature physique (le produit dans son ensemble est défectueux, même si le défaut gît dans un microprocesseur intégré), les *logiciels informatiques* seront-ils considérés comme des biens matériels ou des biens immatériels ?

Dans l'hypothèse où l'on opérerait pour leur caractère corporel<sup>13</sup>, seront-ils pour autant « tangibles » au sens de la police ?

La fourniture de logiciels posent moins de problèmes lorsqu'ils sont fournis en même temps que le support matériel sur lequel ils reposent (disquette). Un « produit » peut en effet s'entendre de tout bien dont le contenu est inséparable de son support physique (en l'occurrence, un support magnétique amovible)<sup>14</sup>.

En outre, s'agissant des assurances du secteur de l'informatique, la question de la nature des logiciels est plutôt théorique. En effet, l'on s'accorde pour admettre que les dommages causés par des déficiences du software sont d'office compris dans le volet « RC Professionnelle » de la police (voir ci-après); alors que la garantie « RC Après livraison » ou « RC Produits » limitera clairement son champ d'application aux dommages causés après livraison par le *matériel* (hardware) fourni par l'assuré.

Les dommages peuvent enfin avoir pour origine une erreur, une omission ou négligence de nature plutôt *intellectuelle* (défaut de programmation, de conseil ou de préconisation ...) commise dans le cadre des activités professionnelles. C'est alors la garantie « **RC Professionnelle** », dont la vocation est de couvrir davantage la responsabilité contractuelle pour les dommages immatériels purs causés aux tiers (cfr. *supra*, 3°), qui sera susceptible d'intervenir. S'agissant de la responsabilité des sociétés de conseils en informatique pour les dommages liés à la problématique de l'an 2000, c'est principalement la garantie « RC Professionnelle » qui sera dans le feu de la tourmente en cas d'actions émanant de tiers.

<sup>13</sup> Voy. J.-P. TRIAILLE, op. cit., *loc. cit.*, p. 11617: pour cet auteur, le logiciel est constitué d'impulsions électriques, généralement matérialisées sur un support et qui, introduites dans une machine, vont produire un effet matériel, concret et visible. Il s'agit donc d'un bien corporel.

<sup>14</sup> Voy. M. FALLON, à propos de la loi du 25/02/1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux in « La loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », J.T., 1991, p. 470.

Une autre formule d'assurance risqué également d'être particulièrement sollicitée au tournant du nouveau millénaire: celle qui couvre la responsabilité professionnelle des mandataires sociaux<sup>15</sup>.

Mais avant de solliciter l'intervention de l'assureur, est-on seulement certain que le risque envisagé ici est bel et bien assurable dans les polices RC Entreprise ?

## CHAPITRE II - L'ASSURABILITE DU RISQUE RC LIE A L'AN 2000

L'assurabilité d'un risque s'entend non seulement au sens technique mais également au sens juridique du terme.

### Section 1<sup>ère</sup> - Assurabilité technique

Pour qu'un risque soit techniquement assurable, il faut pouvoir disposer à son sujet d'éléments statistiques mesurant le poids approximatif des sinistres à mutualiser. La mutualisation repose sur la compensation qui s'opère entre une majorité de risques non réalisés et quelques sinistres avérés, dont le coût est ainsi rendu supportable.

L'analyse statistique doit porter sur des risques suffisamment homogènes, quant à leur nature et leur durée. Leur réalisation doit également présenter une certaine fréquence, afin de dégager une loi de probabilité.

Les risques doivent enfin être suffisamment dispersés, de telle sorte que leur réalisation ne frappe pas en même temps un grand nombre d'assurés (accumulation de sinistres). Le caractère catastrophique est donc un obstacle au principe du non-cumul des risques assurables.

<sup>15</sup> Le dirigeant pourrait voir sa responsabilité engagée à l'encontre de l'entreprise et/ou de tiers pour avoir sous-estimé la problématique du Y2K :

- responsabilité pour fautes de gestion ordinaires (art. 62, al. 1 L.C.S.C.) : la société subit de graves pertes de marché, à cause de la négligence du dirigeant qui n'a pas analysé l'impact potentiel de la problématique Y2K sur les activités de l'entreprise et n'a donc envisagé aucune action corrective ;
- infraction à la loi sur les sociétés ou aux statuts (art. 62, al. 2 L.C.S.C.) : le rapport annuel de gestion ne contient aucune mention relative à l'impact de l'an 2000 ou sous-évalue manifestement les coûts nécessaires pour rendre l'entreprise « millenium compliant » ;
- responsabilité sur base des art.1382-1383 C.C. : acceptation par un administrateur, au nom de la société, d'engagements qui par la suite s'avèrent impossibles à réaliser à cause de la problématique de l'an 2000 ;
- responsabilité aggravée en cas de faillite (art. 63ter L.C.S.C.) : la question se posera toutefois de la qualification du comportement négligent de l'administrateur (même « de fait ») en « faute grave caractérisée ». Il faudra en outre prouver que la faute grave et caractérisée a contribué à la faillite de l'entreprise.

Sur l'ensemble de cette problématique de la RC Dirigeants, voy. P. VAN HOOGHTEEN, « Bestuursdaansprakelijkheid in de milleniumproblematiek », in *Actes du Colloque JAAR 2000*, Diegem, 10 nov. 1998.

L'an 2000 ne répond manifestement pas à ces exigences techniques : l'on ne possède aucune statistique le concernant (c'est un fait unique dans l'histoire) et il présente une virtualité catastrophique évidente ...

Mais le respect de la technique actuarielle constitue-t-il un préalable à l'assurabilité juridique ? La question est controversée. Pour notre part, nous nous rangeons à l'opinion du Professeur FONTAINE, qui considère que l'élément technique doit être écarté des « *essentia* » du contrat d'assurance :

« Ce contrat concerne deux personnes seulement, assureur et assuré. La technique, par contre, met en jeu l'ensemble des contrats conclus par l'assureur, et elle n'engendre aucun lien de droit, car elle sortit ses effets à l'intérieur de l'entreprise de l'assureur. La relation entre un assuré et son assureur n'est en rien affectée, sur le plan juridique, par le fait que l'assureur a pu conclure d'autres contrats similaires afin de réaliser les compensations qui lui permettent de tenir ses engagements. Cette conception conduit à admettre la pleine validité du contrat isolé d'assurance, hypothèse exceptionnelle, mais elle présente surtout l'avantage de lever les doutes sur la nature juridique des contrats conclus dans les branches où l'assurance ne dispose que de bases techniques très rudimentaires, ainsi que celle des premiers contrats conclus par une compagnie en voie de formation »<sup>16</sup>.

### Section 2 - Assurabilité juridique : tentative de clarification terminologique

Les assureurs avancent souvent que le passage à l'an 2000 n'est pas assurable, même pour les contrats en cours, parce qu'il est *parfaitement prévisible* ou qu'il n'est *pas aléatoire*. A l'appui de leur thèse, les assureurs invoquent l'art. 1.A. de la Loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (ci-après dénommée L.A.T.)<sup>17</sup>, qui définit ledit contrat<sup>18</sup>.

Un aléa, et donc une possibilité d'assurance ne persisterait que pour les *risques résiduels*, c'est-à-dire ceux qui subsisteraient après l'accomplissement de toutes les mesures de prévention raisonnables engagées par l'assuré pour prévenir les dommages liés au passage funeste.

La notion d'aléa semble donc la pierre angulaire du raisonnement de l'assureur, qui l'emploie tantôt pour dénier, tantôt pour octroyer *chichement* la couverture.

<sup>16</sup> M. FONTAINE, *Droit des Assurances*, Précis de la Faculté de Droit de l'U.C.L., Deuxième éd., Brux., Larcier, 1996, pp. 94-95.

<sup>17</sup> *M.B.*, 20/08/1992, 18283.

<sup>18</sup> Voyez l'analyse de l'U.P.E.A., *Changement de siècle et assurances*, Assurama 1998.

§ 1<sup>er</sup> - *Essai de clarification terminologique : Le « risque aléatoire assurable » comme élément essentiel du contrat d'assurance, contrat dit « aléatoire »*

1. Les textes de référence

L'article 1964 C.C. définit ainsi le contrat aléatoire : « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un *événement incertain* ». Cet article range le contrat d'assurance au nombre des contrats aléatoires.

L'article 1, A de la L.A.T. définit quant à lui le contrat d'assurance comme « un contrat en vertu duquel, moyennant le paiement d'une prime fixe ou variable, une partie, l'assureur, s'engage envers une autre partie, le preneur d'assurance, à fournir une prestation stipulée dans le contrat au cas où surviendrait un *événement incertain* que, selon le cas, l'assuré ou le bénéficiaire, a intérêt à ne pas voir se réaliser ».

Les 4 éléments du contrat d'assurance sont donc :

- les parties au contrat ;
- les prestations réciproques ;
- l'événement incertain ;
- l'intérêt d'assurance qui permet de distinguer le contrat du jeu<sup>19</sup>.

2. L'aléa n'est pas l'événement incertain

L'on remarquera d'emblée que les deux textes législatifs susmentionnés ne s'en réfèrent nullement à l'aléa mais au concept d' « événement incertain ».

Comme le remarque pertinemment V. NICOLAS, la seule notion d'aléa ne suffit pas à définir le « contrat aléatoire »<sup>20</sup>. L'aléa au sens large se rencontre même dans des contrats commutatifs, tel le contrat de soin conclu avec un médecin : une incertitude existe quant à la guérison du patient. L'aléa traduit ainsi une incertitude vague qui affecte les prestations du contrat : « Le rapprochement qui a été effectué entre le contrat aléatoire et l'aléa provient du fait que l'un et l'autre contiennent une incertitude. Cependant, cette notion est trop vague pour être retenue. Dans tout accord de volontés, une part d'ignorance, d'incertitude existe. Cette dernière est partout et dans tout. Elle est le propre de la vie. L'aléa traduit une incertitude et le contrat aléatoire est défini au moyen de l'idée d'événement incertain »<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> M. FONTAINE, *Précis*, § 143, pp. 96 et 97.

<sup>20</sup> V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, L.G.D.J., 1996, T. 267, § 61.

<sup>21</sup> *Id.*, p. 26. Le contrat aléatoire se définit également par un déséquilibre des prestations des parties en raison de l'incertitude relative à l'événement affectant l'objet même du contrat. En effet, les parties ne peuvent mesurer l'équivalence pécuniaire de leurs prestations. Cfr. la théorie de l'inversion du cycle de production qui caractérise, en termes économiques, le contrat d'assurance (l'assureur fixe aujourd'hui le prix d'un service qu'il n'est pas certain de fournir demain et dont il ne peut apprécier l'étendue qu'approximativement).

L'auteur définit cet événement incertain comme « *la circonstance, le fait* à l'origine des craintes de l'assuré. C'est parce que tel événement est susceptible de se réaliser qu'une personne va souhaiter conclure un contrat d'assurance »<sup>22</sup>.

L'événement apparaît donc comme un avatar élaboré de l'aléa, une première caractérisation de l'incertitude brute. Rapportée à l'événement, cette incertitude peut être de deux sortes : elle peut concerner l'existence ou l'étendue de l'événement<sup>23</sup>.

3. Proposition d'une lecture combinée de l'événement et de l'intérêt d'assurance : Le risque aléatoire assurable

C'est le risque, élément essentiel du contrat d'assurance, qui lui confère sa véritable nature aléatoire<sup>24</sup>.

En assurance de responsabilité civile, le risque est la menace pour l'assuré de voir l'intégrité de son patrimoine grevée par une dette de responsabilité envers un tiers.

Le risque est donc une virtualité dommageable, une menace aléatoire contre laquelle l'on éprouve le besoin de s'assurer<sup>25</sup>.

Il est singulier de remarquer que le législateur ne recourt pas à la notion de « risque » dans la définition qu'il donne du contrat d'assurance. En réalité, cette notion se laisse appréhender à travers une lecture combinée ou une interprétation systémique des concepts de l'article 1.A. Ainsi, les notions d' « événement incertain » et d' « intérêt d'assurance » ne sont-elles plus considérées isolément pour définir l'une ou l'autre caractéristique du contrat, mais envisagées *in totum*, dans une concaténation qui seule permet d'identifier et de comprendre la nature du « risque assurable ».

Nous établirons donc les principes suivants :

A la lecture de l'article 1.A. de la L.A.T., l'on peut définir l'intérêt d'assurance comme l'intérêt à ne pas voir se réaliser l'événement incertain<sup>26</sup>.

Cet intérêt d'assurance manifeste le souci, dans le chef de l'assuré ou du bénéficiaire, de préserver un « objet », souvent appelé par abus de langage « intérêt assuré », contre la réalisation d'un événement incertain.

<sup>22</sup> *Id.*, § 119.

<sup>23</sup> Voir dans ce sens M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, T. 1, 5ème éd., Paris, L.G.D.J., 1982, p. 35, n° 23.

<sup>24</sup> Voir M. FONTAINE, *Précis*, § 154 et l'article du même auteur concernant l'assurance Protection Juridique : « L'assurance de protection juridique - Nature du contrat, assurabilité du risque », *R.G.A.R.*, 1983, p. 10649<sup>2</sup>, *in fine*.

<sup>25</sup> Cfr. J. MOURALIS, in *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, Thèse Grenoble, 1968, p. 101 : « Dans l'assurance, le risque c'est le dommage, mais le dommage qui n'est pas encore réalisé et qui ne constitue qu'une *menace aléatoire* ». Voy. ég. V. NICOLAS, *op. cit.*, § 123 : « le risque est la possibilité qu'un événement se réalise et engendre certaines conséquences se traduisant par un *damnum emergens* ou un *lucrum cessans* ».

<sup>26</sup> Voir ég., sous l'empire de l'ancienne loi du 18/06/1874, Cass., 17/05/1957, *Pas.*, 1957, I, pp. 693-694.

En réalité, l'incertitude, l'aléa, ne porte pas nécessairement sur un fait ou une date, mais sur les conséquences que ce fait ou cette date sont susceptibles d'avoir sur l'objet que l'on entend protéger (chose, patrimoine, vie ou intégrité physique).

C'est donc la potentialité dommageable, la « sinistrabilité » d'un fait ou d'une situation qui constitue l'événement que l'on a intérêt à ne pas voir se réaliser (c'est-à-dire se transformer en sinistre<sup>27</sup>).

Si nous transposons ces prémisses à la problématique de l'an 2000, la notion d'« événement » embrasse alors la trame des circonstances dommageables du passage millénariste sur l'intérêt assuré (par exemple, une panne informatique constitue un événement à l'origine d'une série de dommages affectant le patrimoine de l'assuré : pertes de données, de commandes, paralysie d'une production, erreurs de comptabilité, non-exécution d'ordres de bourse, etc.).

Et la survenance de cet événement doit alors conserver un caractère incertain, lors de la souscription du contrat, pour prétendre à la qualification de *risque aléatoire assurable*. Un auteur précise même que « l'incertitude quant aux *conséquences de l'événement* suffit pour que celui-ci puisse être taxé de risque »<sup>28</sup>.

L'on notera enfin que la L.A.T. envisage le risque sous trois angles spécifiques :

- au moment de la conclusion du contrat, il doit exister et ne peut s'être réalisé (art. 24) ;
- à la conclusion du contrat, le preneur doit correctement informer l'assureur des caractéristiques du risque (obligation de déclaration de l'article 5) ;
- en cours de contrat, le risque peut diminuer (art. 25) ou s'aggraver (art. 26).

## § 2. - Critique de la notion de « risque résiduel »

L'U.P.E.A., rappelons-le, considère que l'an 2000 constitue un fait prévisible qui ne peut être assimilé en aucun cas à un événement incertain au sens de la L.A.T. (art. 1.A.).

<sup>27</sup> Le risque est une perte potentielle, virtuelle ; le sinistre, lui, est la perte effective, réelle.

<sup>28</sup> A. MEEUS, « De la notion et des limites de l'aléa susceptible d'être garanti dans les assurances de choses, de personnes et de responsabilité professionnelles », in *Bull. Ass.*, 1981, p. 593. (C'est nous qui soulignons). Voir aussi, en page 595 : « Dans l'assurance de responsabilité civile, on peut dire que l'aléa est double : l'assuré commettra-t-il une faute ou un fait entraînant sa responsabilité ? Cette faute ou ce fait auront-ils des conséquences dommageables ? Dans certaines activités, comme la conduite régulière d'une automobile, la faute est presque certaine. Le hasard intervient au contraire de façon prépondérante dans les circonstances de la faute, soit quant à l'existence d'un dommage, soit quant à l'étendue de ce dommage ».

Toutefois, un reliquat aléatoire peut être restauré, à travers la couverture possible du « risque résiduel », c'est-à-dire le risque qui subsiste après que l'assuré ait pris « toutes les mesures d'adaptation de ses équipements en y prêtant une attention toute particulière »<sup>29</sup>. L'assurabilité sera appréciée au cas par cas<sup>30</sup>, en définitive après sinistre, sur base des rapports d'expertise et des documents de preuve conservés par l'assuré (notamment les réponses au questionnaire envoyé par la compagnie)<sup>31</sup>.

Nous doutons de la validité de ce raisonnement, tant sur le plan des principes que de la sécurité juridique.

*Primo*, la loi ne définit nulle part cette notion de « risque résiduel ».

Dans la mesure où l'événement incertain est un concept légal, il appartiendra finalement au juge d'en définir les contours.

*Secundo*, sur le plan de la bonne foi dans l'exécution des contrats, n'est-il pas douteux de laisser l'aléa à la casuistique arbitraire de l'assureur, distinguant *a posteriori*, selon le sinistre, ce qui relève de l'aléa et ce qui n'en relève point ... quand cette distinction eût dû être opérée lors de la conclusion du contrat ?

La réaction de la plupart des compagnies, qui multiplient depuis un peu plus d'un an les lettres d'information ou questionnaires à l'attention de leurs assurés, cache difficilement sa véritable nature : celle d'un sursaut de conscience. Tout se passe comme si l'assureur se rendait soudainement compte que le risque de responsabilité civile qu'il a accepté de couvrir hier, recelait des « facettes inassurables ».

Mais peut-on admettre que le risque soit ainsi scindé, *ex post* ?

Rien n'est plus contestable...

<sup>29</sup> U.P.E.A., *op. cit.*, p. 5.

<sup>30</sup> Voir C. FABRE, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 12 : « Les assureurs continueront à accorder leurs garanties en responsabilité civile et en dommages, après avoir vérifié au cas par cas que les risques sont assurables, c'est-à-dire que l'assuré a engagé les mesures préventives rendant la réalisation du risque 'an 2000' aléatoire. Dans le cas contraire, ils refuseront d'accorder leur garantie ».

En France, la Fédération Française des Sociétés d'Assurances (F.F.S.A.) a constitué depuis l'an dernier une plate-forme qui effectuera un pré-tri des réclamations : après analyse, des techniciens apprécieront le lien du sinistre avec le Y2K et le caractère aléatoire de l'événement. La plate-forme alertera également le marché en matière de sinistres sériels ayant pour cause des progiciels ou des microprocesseurs défectueux. Elle dispose par ailleurs de bases de données de produits défectueux qui ne passeront pas le cap du troisième millénaire. (Voy. *L'Argus*, 29/05/1998, p. 9 ; J. AQUILINA, « Que faire à l'aube de l'an 2000 ? », in *Juriscom*, Revue de presse du 03/02/1999 (adresse Internet : <http://www.juriscom.net/revues/rp3.htm>).

Violerait selon nous le principe de bonne foi dans l'exécution du contrat, la compagnie membre de la plate-forme qui maintient le risque en portefeuille, alors qu'elle a connaissance de la non-conformité du produit (via la base de données du F.F.S.A.), n'en informe pas son assuré et décline ensuite sa garantie le jour du sinistre.

<sup>31</sup> Sur base de cette théorie du risque résiduel, il appartiendra en effet à l'assuré, en cas de sinistre, d'établir la preuve qu'il a pris toutes les mesures de prévention raisonnables pour résoudre le problème du Y2K. Mais dans quelles limites cette obligation de prévention sera-t-elle contenue ? *Quid* si l'assuré ne dispose pas des codes sources pour effectuer lui-même les adaptations, alors que le fournisseur des programmes concernés n'existe plus ? Pour des programmes anciens, faut-il aller jusqu'à recourir aux services d'informaticiens retraités, spécialistes du langage Cobol, pour rajouter les lignes de programmation nécessaires à l'élimination du bogue ?

En assurance de responsabilité civile, le risque est d'abord *une menace générale* de voir son patrimoine affecté par une dette de responsabilité, quelle qu'en soit finalement la genèse. La prise en charge de ce risque par l'assureur s'effectuera néanmoins dans le respect des limites légales (au nombre desquelles figure l'exclusion du risque réalisé et de la faute intentionnelle ruinant l'aléa) et contractuelles (par exemple selon les causes ou faits générateurs de responsabilité que la police a pris soin de définir).

« L'an 2000 » s'intègre donc dans la sphère d'un risque global<sup>32</sup> dont il faut estimer le caractère aléatoire à la conclusion du contrat. L'aléa ne peut s'apprécier dans les différentes composantes d'un risque « compartimenté *a posteriori* ». Par conséquent, il est permis de douter de la légalité d'un concept (celui de « risque résiduel ») qui introduit une subdivision artificielle au sein d'un risque dont, jusqu'ores, l'on ne contestait point l'assurabilité ... créant ainsi des catégories de risques à « géométrie aléatoire variable » !

Un exemple permettra encore d'illustrer les limites de la distinction artificielle du risque résiduel :

Dans une lettre d'information standard envoyée à ses assurés, une compagnie, citant l'article 1.A. de la loi, affirme péremptoirement que « le problème lié au passage à l'an 2000 ne répond pas au critère (de l'événement incertain) *étant donné qu'il est de nature prévisible et qu'il est encore temps aujourd'hui pour y remédier* ». En clair, surenchérit la compagnie, le risque n'est pas aléatoire. Il est donc inassurable. Ensuite, l'assureur concède que « *pour pouvoir bénéficier de la garantie sur base (du) contrat d'assurance, nous vous conseillons de prendre d'urgence toutes les mesures adéquates afin d'éviter les dysfonctionnements, dommages et désordres dont question ...* ».

Or, comment peut-on encore parler de « garantie » pour un risque qui, par définition (*dixit* l'assureur), n'est « par nature » pas assurable ? L'aléa, tel le Phénix, renaîtrait-il de ses cendres ?

Sur base de cet exemple, nous formulerons trois remarques fondamentales, sur un mode de raisonnement *ab absurdo* :

1°) Si, pour un passage à l'an 2000 insuffisamment préparé, notre assureur base son déni d'intervention lors d'un sinistre sur le constat de l'absence d'aléa *ex tunc*, la sanction qui devra en résulter n'est-elle pas la *nullité* rétroactive du contrat, entraînant le remboursement des indemnités versées et des primes payées<sup>33</sup> ?

<sup>32</sup> En effet, dans la plupart des contrats d'assurance RC Entreprise, l'on ne s'assure pas *pour le risque an 2000*, mais pour le risque de voir sa responsabilité engagée sur une base quelconque : fausses manoeuvres, erreurs de programmation, manquements à l'obligation de conseil, etc. C'est encore plus vrai pour les activités ne relevant pas *stricto sensu* du secteur informatique.

<sup>33</sup> L'art. 24 L.A.T. sanctionne de nullité le contrat conclu pour un risque inexistant ou déjà réalisé. Il en est de même en cas d'assurance d'un risque futur, si celui-ci ne naît pas. Le troisième alinéa de l'article 24 précise que lorsque le preneur a contracté de mauvaise foi ou en commettant une erreur inexcusable, l'assureur conserve la prime relative à la période allant de la date prévue pour la prise d'effet du contrat jusqu'au jour où il apprend l'inexistence du risque.

La question se pose immédiatement de la possibilité d'une nullité partielle (pour le seul risque « an 2000 »). Mais cette dernière ne concerne en principe qu'une *clause individuelle*<sup>34</sup> ; or, pour les contrats en cours qui n'ont pas été remaniés, l'on rencontrera rarement une clause spécifique relative à l'an 2000. L'assureur ne pourrait-il alors invoquer, plutôt que la nullité, la *caducité* (partielle) de l'objet du contrat, qui ne sort ses effets que pour l'avenir ? C'est peu probable. Car la caducité concerne un risque qui disparaît « en cours de contrat » ; or, ce cas de figure ne correspond pas au risque du millénium qui, si l'on suit le raisonnement de l'U.P.E.A., était dépourvu d'aléa *ab initio*. Dira-t-on, à bout d'argument, que le risque est aléatoire sous la *condition suspensive* de l'accomplissement, par l'assuré, de toutes les mesures de prévention raisonnables ? Ce serait alors ignorer que le risque n'est pas une *modalité* (condition suspensive) mais un élément essentiel du contrat d'assurance<sup>35</sup>.

2°) La couverture du risque résiduel est souvent formulée de telle façon que l'assuré doit établir la preuve qu'il a « apporté avec les plus grands soins toutes les adaptations possibles à ses appareils, produits ... ». En définitive, cela signifie que l'assureur ne couvrira la responsabilité civile de l'assuré que lorsque ce dernier pourra établir la preuve qu'il a agi en bon père de famille. Or, en responsabilité aquilienne, le *bonus paterfamilias* sert précisément de critère de référence pour établir la faute lorsque celle-ci consiste en un défaut de prévoyance ou de précaution<sup>36</sup>. L'on se demande alors quelle serait la substance d'une garantie censée assurer la responsabilité d'un assuré qui, juridiquement, ne serait pas déclaré « responsable » ! L'on pourrait même douter de la nature d'un tel contrat : est-ce encore de l'assurance ? y a-t-il encore un aléa, dès lors que l'on impose à l'assuré de tout faire pour que sa responsabilité ne soit pas engagée ?

Pour les mêmes raisons, l'incertitude quant à la réalisation de dommages, ce que nous avons défini comme le risque aléatoire, ne se confond pas avec l'imprévisibilité des dommages dans le chef de l'assuré (cfr. l'argument qui consiste pour l'assureur à prétendre que le risque lié à l'an 2000 n'est pas assurable parce qu'il est « prévisible »)<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Si la nullité ne concerne que la clause, seule cette dernière sera annulée. La nullité n'affectera l'ensemble de la police que si le tout est indivisible ou que la clause litigieuse constitue un mobile déterminant du contrat. Voy. not. M. FONTAINE, *Précis*, pp. 190-191, spéc. §§ 338 et 339. L'auteur cite également le cas particulier des polices combinées (art. 12, al. 2 de la L.A.T.), dans lesquelles la nullité d'une prestation n'affecte pas le contrat dans son ensemble. Cette disposition pourrait notamment concerner les polices RC des informaticiens qui constituent souvent un package de garanties : RC Exploitation, RC Après livraison et RC Professionnelle. Toutefois, même si les volets RC Après livraison et RC Professionnelle sont davantage exposés au risque de l'an 2000, ce dernier est susceptible d'affecter les trois garanties, dont les frontières ne sont pas toujours étanches. La suppression de l'une et le maintien d'une autre constitue donc une hypothèse plutôt théorique.

<sup>35</sup> Voy. M. FONTAINE, *Précis*, op. cit., p. 103, § 154.

<sup>36</sup> La faute peut également consister en la transgression d'une disposition légale ou réglementaire. Voy. J.-L. FAGNART, « La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence 1985-1995 », *Dossier du J.T.*, Brux., Larcier, 1997, pp. 42 et s.

<sup>37</sup> L'« événement incertain » du contrat d'assurance ne consiste pas nécessairement en un événement de force majeure (ni de cause étrangère *sensu lato*). La L.A.T. est sur ce point moins restrictive que l'ancienne loi de 1874 qui s'en référait à la survenance d'« événements fortuits ou de force majeure ». Le risque peut d'ailleurs parfaitement dépendre d'un comportement de l'assuré. Voyez dans ce sens, M. FONTAINE, *Précis*, op. cit., § 203 : « Le risque peut en effet consister, dans une certaine mesure, en événements dépendants de la volonté de l'assuré. C'est le cas dans les assurances de responsabilités, où l'on se prémunit en premier lieu contre les conséquences de ses propres imprudences et négligences. Dans les autres branches d'assurance, le fait que le sinistre soit dû à la faute de l'assuré (cfr. l'incendie résultant de l'imprudence de l'assuré fumeur) n'exclut non plus en rien la couverture, sauf exclusion conventionnelle de certains faits. A la conclusion du contrat, ces comportements futurs éventuels de l'assuré restent des événements incertains, et c'est l'essentiel. Des limites sont néanmoins tracées. La loi du 11 juin 1874 excluait encore les sinistres dus à la faute lourde de l'assuré, ce qui n'est plus le cas de la loi du 25/06/1992. Mais l'auteur d'un sinistre intentionnel n'est évidemment pas couvert. L'incertitude porte le plus souvent sur la survenance même du risque, mais parfois simplement sur le moment de

En effet, au regard des principes de la responsabilité civile, si le dommage était imprévisible, son auteur ne pourrait être tenu pour responsable<sup>38</sup>. L'assertion doit cependant être nuancée, notre Droit connaissant certaines hypothèses de responsabilités objectives (loi du 25 février 1991 sur les produits défectueux ; loi du 30/07/1979 sur la responsabilité objective en matière d'incendie ou d'explosion ; art. 544 C.C. pour les troubles du voisinage) ou présumées *iuris et de iure* (spécialement l'article 1384, al. 1 concernant la garde d'une chose affectées d'un vice<sup>39</sup>).

3°) Si l'assureur s'est contenté de faire des injonctions vagues concernant l'obligation de prévention de l'assuré, son éventuel déni d'intervention ne se heurtera-t-il pas à l'article 11 de la L.A.T., dans la mesure où la sanction peut s'analyser comme une *déchéance* du droit à la garantie dont le régime est fixé par l'article précité ? En vertu de ce dernier, il incombe à l'assureur de rapporter la preuve de l'inexécution par l'assuré d'une obligation déterminée imposée par le contrat *et* d'établir la relation causale entre le manquement et la survenance du sinistre. Or, une obligation générale de prendre « toutes les mesures possibles pour adapter ses installations ou ses produits », formulée en outre dans une simple lettre d'information, ne répondrait à cette exigence. Il s'agit alors pour l'assureur d'envisager à l'avance quels comportements coupables de l'assuré peuvent être sanctionnés !

L'on précisera également que l'article 20 de la L.A.T. n'impose qu'une obligation de prévenir et d'atténuer les conséquences d'un sinistre commencé, non d'en prévenir la survenance, même imminente. La L.A.T. se distingue donc nettement de la solution retenue précédemment par la Cour de cassation, sous l'empire de la loi du 11 juin 1874.

---

cette survenance (décès) ». Une analogie intéressante peut être faite avec l'assurance « Protection juridique », où le risque de potestativité est grand dans le chef de l'assuré. Ce dernier, en effet, joue parfois un rôle non négligeable dans la création des circonstances qui suscitent le besoin de couverture : « On soulignera cependant que la couverture d'un risque simplement potestatif n'est ni juridiquement interdite ni techniquement impossible. Le risque responsabilité civile présente des caractéristiques similaires et sa couverture est depuis longtemps admise. En dépit de l'implication personnelle de l'assuré dans la survenance du litige, un aléa subsiste en assurance protection juridique car les circonstances qui sont à l'origine de ce litige ne dépendent pas exclusivement de sa volonté » (B. DUBUISSON, *Risque et sinistre en assurance protection juridique*, U.C.L., Fac. Droit, Centre de Droit des Obligations, Doc. 97/20, p. 16). A. MEEUS estime quant à lui que *l'assurance n'est concevable que pour des risques prévisibles* : « (...) on vise la possibilité du risque ; on ne peut se prémunir par l'assurance que contre des risques dont la possibilité peut être prévue. Un danger purement imaginaire n'est pas un risque prévisible. En ce sens, l'aléa doit donc être prévisible. Dans un sens un peu différent, la prévision du risque est indispensable pour l'assureur : il s'agit de calculer, sur la base de statistiques, la probabilité d'un sinistre. En raison de l'ambiguïté de la notion d'imprévisibilité, il ne semble pas qu'elle puisse jouer un rôle utile dans la définition du contrat d'assurance, tandis que, dans son sens technique, la notion de prévisibilité du risque est fondamentale pour l'entreprise d'assurance » (*op. cit.*, p. 595). Voy. ég. E. GOMBAULT : « *Ce n'est qu'au cas de dommage intentionnel (supprimant l'aléa) que toute assurance est impossible* » (in *Assurances des risques d'entreprise, Juridique - Fiscal - Comptable*, ouvr. coll. sous la direction de F. LEFEBVRE, éd. F. LEFEBVRE, Levallois, 1994, p. 746, § 11127).

A propos de la notion de risques potestatifs, l'on peut s'interroger sur la validité de l'engagement de l'assureur qui se réserve la possibilité d'octroyer ou non sa garantie, sur base d'une analyse discrétionnaire des mesures de prévention prises par l'assuré. Ne s'engage-t-il pas à une obligation *purement potestative* dans son chef, dont la nullité peut être invoquée en vertu de l'article 1174 C.C. ?

<sup>38</sup> Voy. J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 43.

<sup>39</sup> Le bogue de l'an 2000 peut-il être considéré comme une caractéristique anormale de la chose que l'on a sous sa garde ? Sur cette notion, v. H. KEULERS, « *Produktenaansprakelijkheid en buitencontractuele aansprakelijkheid* », in *Actes du Colloque JAAR 2000*, Diegem, 10 nov. 1998, p. 10.

Dans un arrêt du 22 janvier 1976<sup>40</sup>, la Cour avait considéré que les diligences requises par l'article 17 de ladite loi<sup>41</sup> sont celles qui visent à limiter le dommage mais également, dans la mesure du possible, de le prévenir en cas de menace de sinistre imminent.

### § 3. - *Dénonciation de la confusion conceptuelle autour du risque « an 2000 » : aléa, événement, risque, garantie, accident*

La continuité temporelle, le passage d'une date à une autre, ne saurait être considérée comme un « événement ». C'est un simple fait, une *contingence* jusqu'à preuve du contraire inéluctable en soi, et donc par définition non assurable. Ce n'est d'ailleurs pas contre le passage d'un millénaire à un autre que l'on veut s'assurer (qui oserait le prétendre sans cynisme ?), mais bien contre les inconvénients potentiels qu'il est susceptible de générer.

En assurance RC, nous avons vu que le *risque* était la menace d'atteinte au patrimoine de l'assuré par des réclamations émanant de tiers lésés. Pour être assurable, ce risque doit être aléatoire, c'est-à-dire qu'il ne peut être certain lors de la souscription du contrat que ce risque va se réaliser.

Or, *les conséquences* du changement de dates conservent à bien des égards un caractère incertain, personne ne pouvant prédire avec certitude la façon dont les applications ou les composantes informatiques vont réagir et affecter les intérêts que l'on désire protéger<sup>42</sup>. La seule possibilité d'en constater les dommages potentiels est de tester, retester et tester encore les applications informatiques. Avec un risque supplémentaire : des corrections d'erreurs, si minimales fussent-elles, pourraient en entraîner d'autres ... peut-être plus graves encore !

Tant qu'une incertitude (un « aléa ») affecte le risque assuré, ici les conséquences dommageables du changement de dates sur l'intégrité du patrimoine de l'assuré, nous devons admettre que le risque Y2K est *juridiquement assurable* ! C'est certainement le cas pour nombre d'actions en responsabilité concernant les systèmes embarqués, dont le dépistage systématique revient à rechercher une aiguille dans une botte de foin<sup>43</sup>.

Plus délicat sera le sort à réserver aux dommages causés par des produits livrés ou utilisés par l'assuré nonobstant le fait que ce dernier devait nécessairement savoir, au moment de leur livraison ou de leur utilisation, que ces produits présenteraient des défaillances graves. Cette objection prend une acuité particulière dans le secteur de la RC des informaticiens.

<sup>40</sup> Cass., 22/01/1976, *Bull. Ass.*, 1980, p. 101.

<sup>41</sup> Cet article 17 dispose que l'assuré doit faire « toute diligence pour prévenir ou atténuer le dommage ».

<sup>42</sup> Voy. not. Jane MORILL, « Etes-vous prêt pour l'an 2000 ? 1ère partie : Allô Windows NT, nous avons un petit problème ... », *Windows NT Magazine*, n° 19, nov. 1998, p. 91 ; v. X., « LE BUG DE L'AN 2000 », Dossier spécial du périodique *SVM*, janv. 1999, p. 57.

<sup>43</sup> J. MORILL, *loc. cit.*, p. 95. Voy. ég. F. SETTEMBRINO, « Encore le 'Millennium Bug' ! », in *Risk*, n° 76, mai/juin 1998, p. 21 : « L'ennui, c'est que personne ne sait combien de ces puces ont une horloge, ni où elles se trouvent. Ce n'est pas parce que des appareils n'ont pas besoin d'horloge que les puces n'en ont pas ... On peut avoir utilisé les puces qu'on avait sous la main, parce qu'elles convenaient ou qu'elles étaient moins chères ou qu'on ne le savait tout simplement pas ... ».

En outre, ces systèmes posent le problème des fournisseurs de parties composantes disparus ou qui ne fabriquent plus lesdites parties !

Mais là encore, il conviendra sans doute de réserver un traitement moins rigoureux aux dommages causés par des éléments informatiques dont la pérennité raisonnable, estimée au moment de leur commercialisation, ne permettait pas de penser qu'ils fussent encore utilisés après le passage de l'Achéron millénariste<sup>44</sup>.

Comme nous le verrons plus loin, le refus de garantie de l'assureur s'appuierait plus judicieusement et de façon moins hasardeuse sur *d'autres critères que le seul défaut d'aléa*<sup>45</sup> : au niveau des possibilités offertes par le législateur pour limiter ou dénier l'intervention de l'assureur, ou dans les limites *contractuelles* de la garantie.

L'assureur peut également invoquer le principe général de la bonne foi dans l'exécution des contrats (art. 1134, al. 3 C.C.), qui ne permettrait pas à l'assuré d'attendre passivement la réalisation de dommages potentiels dont il subodore la survenance, sous prétexte que les coûts induits par un éventuel dysfonctionnement de ses équipements fussent pris en charge par son assureur<sup>46</sup>. Le principe de la bonne foi contractuelle pallierait donc le silence de la loi du 25 juin 1992 en fondant, dans certains cas, une obligation de prévention des sinistres dans le chef de l'assuré<sup>47</sup>.

Ainsi admettra-t-on difficilement que celui-ci se dispense de prendre un certain nombre d'actions correctives, tant internes qu'externes (interpellation des fournisseurs et des principaux clients pour éviter un effet boule de neige), afin de diminuer la survenance de dommages liés à l'an 2000.

Quant à la notion de *risques résiduels*, nous rappelons avec force qu'elle ne se confond pas avec l'aléa. Juridiquement, elle ne peut s'analyser qu'en une limitation *contractuelle* de la garantie. En tant que telle, elle doit faire l'objet d'une acceptation de la part de l'assuré. L'assureur ne peut donc l'imposer de façon unilatérale et péremptoire dans les contrats en cours.

En réalité, la notion de « risques résiduels » se rapproche du concept de dommages « accidentels », commun aux garanties couvrant les atteintes à l'environnement<sup>48</sup>. L'accident est généralement défini comme un événement soudain, involontaire et imprévu dans le chef des assurés<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> E. MONTERO s'interroge alors sur la responsabilité du concepteur en pareil cas : sera-t-il encore en « faute », en l'absence d'une maintenance à sa charge ? Voy. « Les programmes d'ordinateur et le passage à l'an 2000 », *loc. cit.*, p. 371.

<sup>45</sup> argument dont nous venons de démontrer le caractère ... aléatoire.

<sup>46</sup> Cfr. P. LECORFF, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 41. Sur la notion de bonne foi dans le contrat d'assurance en général, voy. not. M. FONTAINE, *Précis, op. cit.*, pp. 105-106 et les références y citées.

<sup>47</sup> L'obligation de réduire voire de prévenir le dommage existe aussi dans le chef de la victime et comporte le devoir de prendre toutes les mesures de prévention pour éviter un dommage prévisible ou imminent (voy. E. MONTERO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 371 et R.O. DALCQ, « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle », *R.G.A.R.*, 1987, 11271).

<sup>48</sup> Pour une analyse dans ce domaine, voir B. DUBUISSON, « Les assurances des atteintes à l'environnement : réalités et perspectives d'avenir », in *Bull. Ass.*, 1996/3, pp. 377-420.

<sup>49</sup> L'on confond souvent l'événement incertain, condition de validité du contrat, et l'accident, limitation contractuelle de la garantie. Voy. par exemple LAMY - *Droit de l'informatique et des réseaux*, n° 105, juil. 1998, p. 2. Une compagnie d'assurance, dans un bulletin d'information à destination de ses assurés chefs d'entreprise, croit bon de préciser (à tort) : « (La loi du 25/06/1992) stipule que seuls des *événements accidentels et imprévisibles* peuvent être couverts par un contrat d'assurance. Il en résulte que les événements prévisibles, comme les conséquences du passage mal préparé à l'an 2000, ne sont pas assurables ».

Cette notion est une restriction contractuelle de la garantie générale, qui définit souvent son champ d'application par rapport aux « dommages causés aux tiers », que ceux-ci soient « accidentels » ou non (dommages survenus au terme d'un processus qui ne présente pas de caractère soudain ou imprévu, sans être pour autant intentionnels)<sup>50</sup>. En effet, en assurance RC Entreprise, l'on admet depuis longtemps la légalité de la couverture des risques « non accidentels »<sup>51</sup>.

### Section 3 - Analyse de la stratégie adoptée par les compagnies sur le marché belge<sup>52</sup>

La position des compagnies belges varie selon qu'il s'agit d'affaires en cours ou de nouvelles affaires. La stratégie adoptée diffère également en fonction de l'intensité du risque considéré.

Ainsi, s'agissant du risque des particuliers, la tendance est relativement souple : si la compagnie limite sa garantie aux risques résiduels, ces derniers seront généralement appréciés avec moins de rigueur que pour les risques industriels, le particulier ne disposant pas des mêmes moyens d'investigation et de prévention que les entreprises.

En revanche, pour certaines activités à hauts risques (ciblées notamment en fonction de leur code NACE), les assureurs adopteront une politique de souscription sévère (acceptation moyennant insertion d'une exclusion spécifique ou couverture des risques résiduels après renvoi d'un questionnaire pointu) et tenteront souvent de renégocier les affaires en cours.

Les initiatives des compagnies peuvent ainsi prendre différentes formes :

#### § 1<sup>er</sup>. - La lettre d'information adressée à l'assuré

Pour les affaires en cours, l'assureur envoie à son assuré un courrier présentant le problème de l'an 2000. Ce courrier peut être relativement neutre et se contenter de fournir une « Checklist » à destination de l'assuré, sans obligation de retour à la Compagnie<sup>53</sup>. Plus souvent, cette liste est précédée d'un exposé de quelques lignes précisant que la compagnie ne couvrira que les *risques résiduels*.

<sup>50</sup> Quelle serait d'ailleurs l'utilité de restreindre le champ d'application de la garantie aux *accidents*, si cette notion se confondait purement et simplement avec celle de risque aléatoire, condition de validité *préalable* du contrat d'assurance ?

<sup>51</sup> E. GOMBAULT, *op. cit.*, p. 748, § 11147.

<sup>52</sup> Pour une analyse de la position des compagnies de *réassurance*, fort proche de celle adoptée par les assureurs, voy. par exemple « Y2K Problem », *Swiss Re magazine special issue*, Avril 1999.

<sup>53</sup> L'assureur prend parfois soin de préciser que « les résultats de ce test ont une valeur purement indicative et ne peuvent en aucun cas être considérés comme engageant la compagnie ».

Dans certains cas, la position est plus radicale : l'assureur refuse tout caractère aléatoire aux risques liés à l'an 2000, précisant que « l'assurance ne couvre pas les conséquences d'événements prévisibles et le passage à l'an 2000 reste prévisible, que vous y soyez préparé ou non (sic !) ». Semblable attitude est inacceptable. Outre le fait qu'une simple lettre n'a pas valeur d'avenant, cette déclaration tendrait à vider purement et simplement l'engagement de l'assureur de sa substance, quelle que soit finalement la diligence de l'assuré.

Quant à la notion de risques résiduels, nous avons vu plus haut qu'elle prêtait le flanc à la critique et mériterait de faire l'objet d'une clause contractuelle distincte.

## § 2. - *Le questionnaire*

Pour les nouvelles affaires, l'assureur envoie un questionnaire au preneur potentiel permettant de vérifier s'il est prêt pour le passage au nouveau millénaire. La densité et la complexité du questionnaire varie d'une compagnie à l'autre et d'un risque à l'autre. En fonction des réponses, l'assureur accepte de couvrir les risques résiduels ou refuse l'affaire.

Pour les affaires en cours, l'assureur peut également envoyer un questionnaire au preneur. Si ce dernier s'avère « prêt pour l'an 2000 », la compagnie accepte de couvrir les risques résiduels. Dans le cas contraire, elle peut décider de résilier le contrat pour sa prochaine échéance<sup>54</sup>, à moins que le preneur ne signe une clause d'exclusion spécifique pour les dommages liés au Y2K. Parfois, la compagnie laissera encore la possibilité au client d'obtenir une couverture des risques résiduels s'il est en mesure de prouver sa « compatibilité Y2K » avant une date-butoir (par exemple le 30/06/1999).

L'U.P.E.A., qui a élaboré un questionnaire standard communiqué à ses membres, s'est préoccupée des inconvénients d'une telle approche :

« (...)

- absence de réponse ou réponse tardive ;
- difficultés d'interprétation des réponses par les souscripteurs<sup>55</sup> ;
- donner l'illusion d'une part, pour l'assureur d'absence de problème en cas de réponse satisfaisante et d'autre part, pour l'assuré d'une couverture totale si l'assureur n'impose pas des conditions complémentaires ;
- absence de réaction du souscripteur qui, s'il veut poursuivre la négociation, ne dispose que d'un délai d'un mois à compter de la réception du questionnaire lorsque celui-ci fait partie intégrante d'une proposition d'assurance<sup>56</sup>.

« Pour réduire ces risques, l'U.P.E.A. a conseillé à ses membres :

- de fixer un délai de réponse assorti d'une sanction éventuelle ;
- de privilégier les questions fermées ;
- de prévoir un scoring ;

<sup>54</sup> Dans le respect des délais prévus par l'article 30 de la L.A.T. Si l'échéance est trop éloignée ou si le délai de préavis ne peut plus être respecté, l'assureur pourra encore user de sa faculté de résiliation après un sinistre quelconque.

<sup>55</sup> Il s'agit des souscripteurs au sein des compagnies d'assurance.

<sup>56</sup> Art. 4, § 1er L.A.T.

- d'établir des recommandations de souscription pour le suivi administratif ;
- d'organiser éventuellement une formation technique pour les souscripteurs ... »<sup>57</sup>.

## § 3. - *Inventaire*

La compagnie d'assurance peut opter pour le simple inventaire des actions de prévention entreprises par l'assuré.

Dans ce cas, l'U.P.E.A. conseille :

- soit de demander que l'assuré conserve cet inventaire pour le cas où une enquête serait justifiée après un éventuel sinistre ;
- soit de demander que l'inventaire soit transmis à l'assureur afin d'analyser l'exposition au risque<sup>58</sup>.

## § 4. - *Exclusion « an 2000 »*

Pour les risques particulièrement exposés, les compagnies d'assurances peuvent avoir décidé d'introduire une exclusion pure et simple des dommages liés à l'an 2000.

L'analyse se fera généralement sur base du code NACE.

Sont particulièrement visées : les polices RC après livraison et/ou RC Professionnelle des informaticiens, commissionnaires-expéditeurs, bureaux d'études industrielles, sociétés de vieillissement, fabricants d'installations robotiques/automatisées, de systèmes de climatisation ...

Pour les contrats en cours, l'assureur enverra à l'assuré un avenant à renvoyer avec la mention « bon pour accord », dans un délai fixé. En l'absence de réponse ou en cas de refus, l'assureur résiliera la police pour la prochaine échéance. Si l'échéance est trop lointaine, l'assureur ne pourra pas imposer à l'assuré de souscrire à l'exclusion. Il usera alors de sa faculté de résilier le contrat après un sinistre.

Certains assureurs ont prévu une clause qui exclut tant les dommages liés à l'an 2000 que ceux liés au passage à l'Euro<sup>59</sup>.

De son côté, l'U.P.E.A. conseille d'insérer une clause qui prenne en compte le phénomène global d'interprétation erronée des dates, non limité au seul passage à l'an 2000 :

« Sont exclus de la garantie tous les dommages de toute nature causés par le non-fonctionnement ou le dysfonctionnement des programmes, systèmes et/ou applications informatiques ou électroniques liés à une interprétation erronée des dates »<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> U.P.E.A., *op. cit.*, pp. 9-10. L'U.P.E.A. propose dans sa brochure des pistes de solution pour pallier les inconvénients de cette approche.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> C'est le cas d'AXA/Royale Belge.

Pareille clause risquerait toutefois d'encourir l'annulation par un juge, dans la mesure où elle viderait le contrat d'assurance de sa substance.

*Exemple de clause d'exclusion (avenant d'une police RC Informaticiens)<sup>61</sup> :*

« Il est déclaré et agréé entre parties, que:

#### **DEFINITION**

##### **Problèmes liés aux données datées dans le cadre de systèmes informatiques.**

###### **a) Défaillance d'un système informatique liée aux données datées :**

Le fait qu'un **système informatique** de la société souscriptrice ou de toute autre entité n'effectue pas avec précision et exactitude la lecture, le traitement, le calcul mathématique, le stockage, le classement, la distinction, la reconnaissance, l'acceptation ou l'interprétation de toute donnée dans le cadre :

- du passage à l'An 2000, que ce soit avant, pendant ou après l'An 2000,
- de la prise en compte du fait que l'An 2000 est une année bissextile,
- de l'utilisation de tout champ de donnée calendaire pour un usage autre que celui de la date.

On entend par **système informatique** tout ordinateur, système de traitement automatisé de données, code, logiciel, disque dur, programme, microprocesseur, les périphériques qui y sont rattachés, ou tout autre composant ou équipement électronique ou informatique.

###### **b) Tout manquement :**

- dans l'audit et l'évaluation du système informatique et dans la mise en conformité en découlant,
- dans la supervision du traitement,
- dans toute information, tout conseil, toute consultation ou tout produit proposé par l'Assuré à des tiers ;

relatif à la **défaillance d'un système informatique liée aux données datées.**

#### **EXCLUSION**

**SONT EXCLUES LES RECLAMATIONS FONDEES SUR OU AYANT POUR ORIGINE DES PROBLEMES LIES AUX DONNEES DATEES DANS LE CADRE DE SYSTEMES INFORMATIQUES.**

Il n'est en rien dérogé aux autres clauses et conditions du présent contrat.

Dont acte

<sup>60</sup> *Id.*, p. 11.

<sup>61</sup> A.I.G. Europe.

(...) ».

## CHAPITRE III - LIMITES A LA COUVERTURE DU RISQUE : LES ALTERNATIVES LEGALES ET CONTRACTUELLES

### Section 1<sup>ère</sup> - Alternatives légales

#### §1<sup>er</sup>. - Déclaration du risque (art. 5, 6 et 7 L.A.T.)

En vertu de l'article 5 de la L.A.T., le preneur a l'obligation de déclarer exactement, lors de la souscription du contrat, « toutes les circonstances connues de lui et qu'il doit raisonnablement considérer comme constituant pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque ».

Nous relèverons les points suivants, en rapport avec la problématique de l'an 2000 :

- Rien n'est à reprocher au preneur qui ne déclare pas ce qu'il ignore. La loi précise qu'il doit uniquement déclarer ce qu'il connaît effectivement.
- Le preneur ne pourra se voir sanctionner pour son silence à l'égard d'un élément que lui-même ne pouvait raisonnablement considérer comme déterminant l'appréciation de l'assureur : « si l'assureur désire connaître certaines circonstances dont un profane risque de ne pas pressentir la pertinence, il devra prendre l'initiative de poser une question »<sup>62</sup>.
- Le preneur ne doit pas déclarer les circonstances déjà connues de l'assureur ou que ce dernier devait raisonnablement connaître. L'assureur n'est certes pas censé ignorer le risque « an 2000 » qui pèse sur l'assuré, mais ce dernier aura notamment l'obligation de déclarer les problèmes de compatibilité de ces installations et/ou produits découverts avant la souscription, voire les réclamations qui lui auront déjà été adressées par des tiers.
- Le questionnaire a une portée limitée ; le principe est en effet celui de la déclaration spontanée du risque par le preneur. Ce dernier ne pourrait donc reprocher à l'assureur de ne pas avoir posé telle ou telle question. La loi attache toutefois un effet juridique précis au questionnaire : « S'il n'est point répondu à certaines questions écrites de l'assureur et si ce dernier a néanmoins conclu le contrat, il ne peut, hormis le cas de fraude, se prévaloir ultérieurement de cette omission ». Tel sera le cas de l'assureur qui accepte de couvrir le risque alors que le preneur n'a pas répondu à certaines questions formulées dans le questionnaire « an 2000 ».

Au niveau de la sanction des manquements à l'obligation de déclaration, la loi distingue entre les omissions<sup>63</sup> ou inexactitudes<sup>64</sup> intentionnelles et celles qui ne le sont point.

<sup>62</sup> M. FONTAINE, *Précis*, p. 132.

<sup>63</sup> = Ne rien dire au sujet d'un élément d'appréciation du risque.

<sup>64</sup> = Faire une déclaration inexacte.

Au niveau de l'*onus probandi*, il appartiendra à l'assureur de prouver que l'élément sur lequel il n'a pas été informé était pour lui un facteur d'appréciation du risque, que le preneur pouvait raisonnablement le considérer comme tel et que le preneur en avait connaissance<sup>65</sup>. L'assureur devra également établir le caractère intentionnel de l'omission ou de l'inexactitude reprochée.

#### 1. Omission ou inexactitude intentionnelle (art. 6 de la L.A.T.)

Le régime est rigoureux: **le contrat est NUL** (nullité relative) et les primes échues jusqu'au moment où l'assureur a eu connaissance de l'omission ou de l'inexactitude intentionnelles lui sont dues.

Si un sinistre a été indemnisé, l'annulation du contrat entraîne la restitution des indemnités.

#### 2. Omission ou inexactitude non intentionnelle (art. 7)

##### 2.1. Sort du contrat

**Le contrat est en principe modifié** (l'assureur propose une prime plus élevée, une franchise, un plafond de garantie plus bas...).

Si le souscripteur refuse ou ne répond pas dans le mois de la proposition de l'assureur, ce dernier **peut résilier** le contrat dans les 15 jours.

Si l'assureur peut prouver qu'il n'aurait en aucun cas couvert le risque, il peut résilier le contrat dans le mois du jour où il a découvert la vérité.

Lorsque ces délais sont dépassés sans mise au point de l'assureur, il ne peut plus invoquer les omissions et inexactitudes.

##### 2.2. Sort d'un sinistre

→ a) L'omission ou l'inexactitude **ne peut être « reprochée »** au preneur (le manquement à l'obligation de déclaration n'est pas fautif):

L'assureur **doit fournir sa prestation**. Pour l'avenir, le contrat pourra être adapté ou résilié.

→ b) L'omission ou l'inexactitude **peut être « reprochée »** au preneur (le manquement à l'obligation de déclaration est fautif mais non intentionnel):

L'assureur n'est tenu de fournir sa prestation que selon le **rapport** entre la prime payée et la prime que le preneur aurait dû payer s'il avait régulièrement déclaré le risque.

Toutefois, si l'assureur apporte la preuve que le risque était **inassurable**, sa prestation est limitée au **remboursement de la totalité des primes** payées.

<sup>65</sup> M. FONTAINE, *Précis*, p. 134.

## § 2. - Aggravation du risque (art. 26)

L'assuré doit déclarer à l'assureur, en cours de contrat, les circonstances nouvelles ou les modifications de circonstances de nature à aggraver sensiblement et durablement le risque de survenance de l'événement assuré.

Tel pourrait être le cas des tests de compatibilité qui auraient révélé des défaillances susceptibles d'affecter le risque de responsabilité civile de l'assuré.

La loi assortit les manquements à cette obligation de sanctions similaires à celles prévues en matière de déclaration du risque.

## § 3. - Risques putatifs (art. 24)

Il se peut que dans certaines hypothèses, le risque de responsabilité civile se soit *déjà réalisé* au moment de la conclusion du contrat. En pareil cas, l'assurance est nulle.

Exemple : un fournisseur de caisses enregistreuses souscrit une police RC Professionnelle, alors que les caisses livrées refusent toutes d'accepter les paiements par cartes de crédit expirant en l'an 2000 et qu'une série de commerçants ont déjà subi des dommages pour leurs manques à gagner dus aux ventes manquées ou à la perte d'image de marque<sup>66</sup>.

Si le fournisseur a contracté de mauvaise foi ou en commettant une erreur inexcusable, l'assureur pourra conserver la prime relative à la période allant de la date prévue pour la prise d'effet du contrat jusqu'au jour où il apprend l'inexistence du risque.

## § 4. - Exclusion du dol (art. 8, al. 1)

« Nonobstant toute convention contraire, l'assureur ne peut être tenu de fournir sa garantie à l'égard de quiconque a causé intentionnellement le sinistre » (art. 8, al. 1 de la L.A.T.).

Cette disposition est d'ordre public. Elle ne souffre donc aucune exception.

Dans la mesure où l'incapacité d'une horloge interne de reconnaître une date postérieure au 31/12/1999 sera souvent le résultat d'un *choix délibéré*<sup>67</sup> de la part du concepteur, la faute sera-t-elle pour autant intentionnelle ?

Certes non. D'une part, en ce qui concerne le matériel ancien toujours en service, ce choix aura souvent été dicté par des raisons d'économie de mémoire ; d'autre part, la fréquence du renouvellement du matériel et/ou des programmes informatiques, conjuguée au poids des habitudes et à l'échéance lointaine de l'an 2000, a sans doute contribué à plus de relâchement dans le traitement du « bogue zéro » de la part des informaticiens, sans pour autant constituer un comportement dolosif.

<sup>66</sup> Hormis le cas de l'assurance, l'exemple est inspiré d'une affaire déferée devant la justice américaine en 1997. D'après E. MONTERO, op. cit., loc. cit., p. 369, note n° 2.

<sup>67</sup> A l'exception sans doute de l'oubli manifeste de la règle des « 400 » dans la programmation des années bissextiles (voir C. LEERMAKERS et A. RAUÏS, *Le passage de l'an 2000 : responsabilités, risques et recours*, Cahier n° 48 - Droit de l'informatique, Cabinet DE BACKER & ASSOCIES, sept. 1998, p. 3.

La faute intentionnelle postule d'ailleurs la volonté consciente de causer le dommage. L'acte délibéré ne suffit pas<sup>68</sup>.

## § 5. - L'exclusion de la « faute lourde » (art. 8, al. 2)

Depuis la loi de 1992, l'exclusion pure et simple de toute faute lourde est interdite<sup>69</sup>. L'assureur doit dorénavant déterminer expressément et limitativement dans le contrat les cas de fautes lourdes élisives de la garantie.

Rien ne s'oppose à l'insertion *dans le contrat* d'un cas spécifique de faute lourde relatif à la problématique de l'an 2000. Mais semblable clause n'est peut-être pas indispensable. En effet, l'incurie liée à une préparation insuffisante à l'an 2000 pourrait rentrer dans le moule d'autres exclusions constitutives de faute lourde, sous réserve toutefois de leur stricte compatibilité à la loi<sup>70</sup>.

Exemples :

- *Un manquement tel aux normes de prudence ou de sécurité, aux lois, règles ou usages propre aux activités assurées de l'entreprise que des conséquences dommageables étaient - suivant l'avis de toute personne normalement compétente en la matière - presque inévitables; - les répétitions multiples en raison de l'absence de précautions, de dommages de même origine;*
- *l'acceptation et l'exécution de travaux ou de marchés, alors que l'assuré devait être conscient du fait qu'il ne disposait manifestement ni de la compétence ou de la technique requise, ni des moyens matériels ou humains appropriés, pour exécuter ce travail ou ce marché dans le respect de ses engagements et dans les conditions de sécurité suffisantes pour les tiers;*
- *la non-soumission des méthodes préconisées ou utilisées et/ou des produits livrés à des vérifications préalables suffisantes, compte tenu des connaissances acquises sur le plan technique et scientifique ainsi que l'utilisation de techniques expérimentales;*
- *l'acceptation volontaire d'un risque pour diminuer les frais ou accélérer les travaux;*
- *etc.*

<sup>68</sup> Voy. not., *mutatis mutandis*, B. DUBUISSON, *L'assurance des risques du mineur*, U.C.L., Fac. Droit, Centre de Droit des Obligations, Doc. 97/16, p. 21, s'exprimant à propos de l'assurance RC Familiale : « On relèvera premièrement que le simple fait volontaire n'est probablement pas assimilable à une faute intentionnelle au sens du droit des assurances. La faute intentionnelle implique en effet la volonté de créer le dommage (« quiconque a causé intentionnellement le sinistre ») et non pas seulement la conscience de créer le risque d'un dommage. Deuxièmement, la faute intentionnelle est sans doute un fait dont les conséquences ont été envisagées et voulues. En revanche, il n'est peut-être pas indispensable de rapporter cette volonté à tous les éléments constitutifs du préjudice tel qu'il s'est réalisé *in concreto*. Si le dommage direct a été voulu comme tel (cause impulsive et déterminante), il est exclu de la garantie, et il doit en aller de même de tous les autres dommages qui n'en sont que la conséquence ».

<sup>69</sup> La faute lourde est la faute dont les conséquences ne sont pas voulues mais qui dénote une imprudence ou négligence telle que l'assuré a eu ou aurait dû en avoir conscience.

<sup>70</sup> Force est de constater que les clauses de faute lourde sont encore libellées de façon très large dans les contrats, en dépit du prescrit de l'article 8. Dans une police « RC Professionnelle des informaticiens », nous avons même rencontré une clause qui excluait « de aansprakelijkheid wegens grove tekortkoming naar de geest van de verzekeringwet (sic !) of opzettelijk overtreding van wetten, besluiten en beroepsregels of -gebruiken »! Pour les sanctions éventuelles de semblable transgression légale, voir not. H. DE RODE, « Les clauses d'exclusion des contrats d'assurance : charge de la preuve et validité », *Bull. Ass.*, 1996/4, p. 584.

Nous terminerons cette analyse par deux remarques :

1° Le régime probatoire de la faute lourde repose sur l'assureur, qui doit établir la preuve *et* du comportement incriminé *et* du lien causal entre celui-ci et le sinistre<sup>71</sup>.

2° La sanction a un caractère personnel (on stigmatise le comportement répréhensible d'une personne déterminée). Dans le cas du bug 2000, si les dommages sont dus au comportement d'un préposé qui a agi à l'insu du preneur, ce dernier pourrait continuer à bénéficier de la couverture en qualité de civilement responsable. La police prévoit souvent que la qualification de faute lourde ou de fait intentionnel n'est retenue que dans la mesure où la faute est tolérée par le preneur d'assurance, ses organes, ses préposés dirigeants ou par les responsables techniques. *A contrario*, si la faute a été commise à l'insu de ces personnes, leur responsabilité en tant que civilement responsables est garantie.

Une franchise distincte peut être prévue. La police précise généralement que l'assureur conserve son droit de recours contre l'auteur du dommage.

#### § 6. - *Quid de l'article 52 concernant les frais de sauvetage ?*

Aux termes de l'article 52 de la L.A.T., si des mesures prises par l'assuré ont pour but de prévenir le sinistre en cas de danger imminent ou, si le sinistre a commencé, d'en prévenir ou en atténuer les conséquences, elles doivent être supportées par l'assureur à la condition d'être urgentes, raisonnables et exposées en bon père de famille (même lorsque les diligences faites n'ont eu aucun résultat). Ces frais seront à charge de l'assureur même au-delà du montant assuré. Toutefois, les polices récentes ont fait usage des limites fixées par le Roi pour la prise en charge des frais de sauvetage<sup>72</sup>.

Pourrait-on alors imposer à l'assureur de prendre en charge les frais d'adaptation des équipements informatiques et électroniques engagés par l'assuré, au titre des frais de sauvetage ?

<sup>71</sup> Voy. Cass., 02/05/1957, *Pas.*, 1957, I, 1044; Cass., 20/04/1961, *Pas.*, 1961, I, 892; Liège, 28/02/1990, *Bull. Ass.*, 1991, p. 347; Bruxelles, 25/06/1976, *R.G.A.R.*, 1978, p. 9843; Brux., 27/09/1985, *Entr. et Dr.*, 1988, p. 354; Mons, 28 mai 1993, *R.G.A.R.*, 1994, p. 12384.

<sup>72</sup> A.R. du 24 décembre 1992, art. 4, §1 (modifié par l'A.R. du 29 décembre 1994): « Pour les assurances de responsabilité civile, les frais de sauvetage visés à l'article 52 de la loi sont supportés intégralement par l'assureur pour autant que le total du dédommagement et des frais de sauvetage ne dépasse pas, par preneur d'assurance et par sinistre, la somme totale assurée.

Au-delà de la somme totale assurée, les frais de sauvetage peuvent être limités à:

1° 20 millions de francs lorsque la somme totale assurée est inférieure ou égale à 100 millions de francs;

2° 20 millions de francs plus 20% de la partie de la somme totale assurée comprise entre 100 et 500 millions de francs;

3° 100 millions de francs plus 10% de la partie de la somme totale assurée qui excède 500 millions de francs avec un maximum de 400 millions de francs comme frais de sauvetage ».

La thèse est défendable ; mais l'assureur ne manquera pas de contester le caractère imminent du danger ou l'aspect raisonnable des mesures prises par l'assuré. L'assureur tentera également de se retrancher derrière sa propre définition contractuelle des frais de sauvetage<sup>73</sup>. Le juge est cependant en droit d'écarter cette définition, en raison du caractère impératif de l'article 52 de la L.A.T.<sup>74</sup>

Si les dommages que l'on entend prévenir ne sont pas garantis dans le contrat, l'assureur n'interviendra évidemment pas pour les frais de sauvetage. Tel sera le cas, par exemple, lorsque les dommages susceptibles de survenir consistent en dommages immatériels purs non garantis dans la police.

En outre, dans les polices RC Produits, l'on trouve généralement une exclusion pour les « frais de retrait ». Sont visés les frais de recherche, d'examen et de retrait proprement dit (enlèvement, rapatriement, destruction éventuelle) de produits défectueux ou présumés l'être, y compris les indemnités dues de ce chef à des tiers. La police étend souvent l'exclusion aux « frais de détection, de dépose, de repose, de remise en état, de reprise, de remplacement, de remboursement, de réhabilitation par la publicité ... ».

Il n'est cependant pas exclu que semblables frais (particulièrement les frais de mise en garde à l'égard des tiers) puissent être considérés comme des frais de sauvetage au sens de l'article 52, notamment lorsque le produit livré risque très probablement d'engendrer des lésions corporelles<sup>75</sup>.

## Section 2. - Alternatives contractuelles

### § 1. - *L'exclusion pure et simple du risque de l'an 2000*

Nous renvoyons sur ce point aux commentaires formulés *supra*, Chap. II, section 3.

Cette exclusion est la solution la plus radicale. Rappelons que l'assuré doit pouvoir donner son accord, dans un avenant dûment signé ou à la conclusion du contrat.

Question : si la crainte du « millenium bug » provoque un retour à des comportements « archaïques » de la part de l'assuré, par exemple le recours à des procédures manuelles de gestion de commandes, et qu'une erreur professionnelle en découle causant des dommages à un tiers (marchandises non livrées à destination), quelle sera la décision de l'assureur si la police exclut les dommages « liés à l'an 2000 » ? La question n'est pas anodine car le lien de

<sup>73</sup> Ainsi les « mesures urgentes » sont-elles souvent définies comme « celles que l'assuré doit prendre sans délai, sans avoir la possibilité d'avertir la Compagnie et de recueillir son accord préalable, sous peine de nuire aux intérêts de celle-ci ». Quant au « danger imminent », il ne sera établi que si, « en l'absence de ces mesures, il en résulterait immédiatement et certainement un sinistre ». La clause précisera en outre - et ceci est particulièrement pertinent pour le risque de l'an 2000 - que « si l'urgence et la situation de danger imminent sont dues au fait que l'assuré n'a pas pris en temps utile les mesures de prévention qui lui incombent normalement, les frais ainsi engagés ne seront pas considérés comme des frais de sauvetage à charge de la Compagnie ».

<sup>74</sup> Les frais de sauvetage sont une notion légale.

<sup>75</sup> Voy. F. PIEDBOEUF, « Les frais de prévention et de retrait », in *Les assurances de l'entreprise*, Brux., Bruylant, 1988, p. 193.

causalité, certes indirecte, existe : en l'absence du risque an 2000 pour lequel l'assuré était insuffisamment préparé, celui-ci n'aurait pas recouru à un traitement manuel désordonné de ses commandes, occasionnant un dommage à un tiers.

Indépendamment de ce raisonnement tarabiscoté, il est plus vraisemblable que la solution sera recherchée sous l'angle de l'aggravation du risque voire de la faute lourde de l'assuré.

## § 2. - Au niveau de la définition du champ d'application de la garantie

### 1. Limite quant aux responsabilités garanties (extracontractuelle/contractuelle)

Les dommages causés aux tiers par une préparation insuffisante de l'entreprise à l'an 2000 peuvent être exclus implicitement du champ d'application de la garantie. Tel sera le cas si les dommages sont de nature contractuelle et que le contrat ne couvre que la seule responsabilité extracontractuelle de l'assuré (cas de la RC Exploitation).

Même dans une police RC Professionnelle, la sphère des dommages contractuels garantis ne s'étendra pas, généralement, aux « dommages résultant de l'inexécution ou de l'exécution partielle d'engagements contractuels tels que les conséquences d'une rupture des négociations préalables à la signature d'une convention, le retard apporté dans l'exécution d'une mission ou d'une prestation, les frais exposés en vue de recommencer ou de corriger la prestation mal exécutée ». La police ne garantira donc pas les dommages découlant pour un client d'un retard dans l'exécution d'un projet informatique, dû à la non-conformité « an 2000 » des programmes de l'entrepreneur responsable du projet.

### 2. Limite aux « accidents »

En guise d'alternative à la notion juridiquement contestable de « risques résiduels » (voir *supra*), l'assureur pourrait limiter **contractuellement** le risque aux seuls dommages de nature accidentelle découlant du changement de date.

Par analogie avec les risques d'atteinte à l'environnement, les dommages garantis devraient alors présenter un caractère « soudain, involontaire et imprévu dans le chef du preneur d'assurance, de ses organes ou préposés dirigeants ».

## § 3. - Déchéance contractuelle

En vertu de l'article 11 de la L.A.T., l'assureur qui veut invoquer à l'encontre de l'assuré la déchéance partielle ou totale du droit à la prestation, doit impérativement :

- 1° prévoir ce droit *dans le contrat* ;
- 2° établir la *preuve de l'inexécution* ;
- 3° celle-ci doit concerner *une obligation déterminée imposée par le contrat* ;
- 4° établir la *relation causale du manquement avec la survenance du sinistre*.

Une obligation générale de prendre « toutes les mesures raisonnables pour prévenir les sinistres liés à l'an 2000 » ne répondrait donc pas au prescrit de l'article 11.

## § 4. - Autres limites contractuelles fréquentes

Les dommages liés au passage à l'an 2000 peuvent encore être exclus ou limités par le biais d'autres clauses de la police.

En voici quelques exemples :

- L'exclusion des dommages au produit livré, de la simple inadéquation ou du manque de rendement en assurance *RC Produits* : si le matériel livré (robot ménager, par exemple) subit seul des dommages, ces derniers ne seront normalement pas assurés par la police.

- L'exclusion, dans certaines polices *RC Produits*, du remplacement ou de la réparation du bien dans lequel le produit livré a été incorporé. Cette exclusion posera d'épineux problèmes s'agissant des composants embarqués défectueux !

- La police peut exclure les dommages immatériels purs, c'est-à-dire les pertes de jouissance, de profit, de clientèle, et toutes pertes financières en général causées aux tiers en l'absence de dommages corporels ou matériels. Ces dommages sont fréquents en matière de sinistre informatique. Si l'assuré ne possède qu'une simple combinaison RC Exploitation/RC Après livraison, en l'absence de garantie RC Professionnelle, il devra sans doute faire face à un trou de couverture.

- Les conséquences de retard dans l'exécution d'une prestation contractuelle sont généralement exclues, même en RC Professionnelle (sauf certaines hypothèses marginales telle la maladie ou le décès d'un collaborateur, principal responsable du projet).

- Les nouvelles polices pourraient exclure du champ d'application de la garantie les livraisons ou prestations antérieures à la souscription du contrat, évacuant ainsi les sinistres afférents à du matériel ancien (faits générateurs antérieurs à la souscription de la police). Il n'est cependant pas certain qu'une telle exclusion de l'antériorité soit conforme à l'article 78 de la L.A.T.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> Cet article consacre deux critères de déclenchement de la garantie dans le temps pour les assurances de responsabilité civile, du moins pour les risques d'entreprise qui nous préoccupent ici : la survenance du dommage (on parle alors de « Loss Occurrence ») et l'introduction d'une réclamation écrite (« Claims made »). Etant donné que l'article ne semble régler que le sort des dommages ou réclamations postérieurs à la fin du contrat, la question du sort réservé à l'antériorité demeure ouverte. Sur cette question, voir not. M. FONTAINE, *Précis*, p. 305 et s. ; voy. ég. B. DUBUISSON, *Assurance de la responsabilité civile : couverture dans le temps, Rapport belge au Colloque organisé par la K.U.L.*, le 8 décembre 1996, pp. 8-9. Il n'est pas exclu que l'on soit déjà en risque dans certains cas. En effet, un sinistre « an 2000 » peut déjà se produire chez un utilisateur qui aurait introduit dans son système une date postérieure au 31/12/1999, ou dont un programme tomberait sur une telle date après calcul. En outre, dans les polices claims made, l'assureur est tenu d'intervenir pour les réclamations introduites dans les trois ans de la fin du contrat, lorsque ces réclamations se rapportent à *des actes ou faits pouvant donner lieu à un dommage, survenus et déclarés à l'assureur pendant la vie du contrat*. L'assuré pourrait donc déclarer à son assureur, à titre préventif, les faits dont il a de sérieuses raisons de croire qu'ils engendreront des dommages liés à l'an 2000 ! Même si l'assureur résilie la police pour le 31/12/1999, la garantie est accordée jusqu'au 31/12/2002.

- Quant au risque de *sinistres en séries*, son impact est limité dans les polices par une clause qui considère fictivement les sinistres provenant d'une même cause comme un seul et même sinistre. Les dommages sont donc cristallisés en un moment unique (celui de la survenance du premier d'entre eux), et les montants de garantie s'appliqueront une seule fois et non de façon distributive pour chaque nouveau sinistre, ce qui limite considérablement l'engagement de l'assureur.

## CONCLUSION

Au terme de cette modeste contribution, nous ne prétendons pas apporter de panacée à l'épineux problème de l'assurance des risques de responsabilité liés à l'An 2000 ».

Conscient de la polémique que notre propos est susceptible de provoquer, notre intention est d'abord de susciter un réel débat sur les principes, souvent galvaudés en cette fin de millénaire, qui fondent l'assurabilité du risque de responsabilité civile.

Aussi nous est-il paru opportun de définir les contours de l'« événement incertain », pour démontrer les limites juridiques de l'argument tiré de l'absence d'aléa ou de sa réduction à la portion congrue (« risques résiduels »).

S'il est sans doute des hypothèses où l'incertitude n'est plus permise relativement aux conséquences de l'événement, il en est bien d'autres où l'aléa ressurgit.

L'ambiguïté de la notion incite à rechercher ailleurs les fondements d'un déni d'intervention de l'assureur. Des principes généraux, telle la bonne foi dans l'exécution du contrat, des alternatives légales puisées dans la loi du 25/06/1992 permettront à l'assureur de circonscrire la portée de ses engagements. Mais c'est surtout au niveau de l'aménagement contractuel de la garantie que l'assureur pourra définir clairement ses prestations. L'envoi d'une lettre d'intention assénant sa position ne suffira pas à persuader le juge en cas de litige.

Même certaines clauses d'exclusion, dûment intégrées au contrat, n'échapperaient pas à la critique. Leur libellé, trop large ou évasif, pourrait contribuer à vider le contrat de sa substance, voire être taxé d'obscur en vertu de l'art. 14 de l'A.R. du 22 février 1991 pris en exécution de la loi de contrôle en matière d'assurance<sup>77</sup>.

<sup>77</sup> Art. 14 de l'A.R. du 22/01/1991: « (...) les conditions générales et particulières du contrat d'assurance doivent être rédigées en termes clairs et précis. Elles ne peuvent contenir aucune clause de nature à porter atteinte à l'équivalence entre les engagements de l'assureur et ceux du preneur ». La sanction est fixée par l'article 19bis de la nouvelle loi de contrôle du 19/07/1991 : la clause contraire est réputée conforme à la réglementation. Les contours de cette sanction ne sont pas dépourvus d'opacité : réputer la clause d'exclusion litigieuse « conforme à la réglementation » équivaut-il à la priver automatiquement de tout effet ? Sur cette question, et spécialement à propos de l'exclusion pour faute lourde, voir H. de RODE, « Les clauses d'exclusion des contrats d'assurance : charge de la preuve et validité », *Bull. Ass.*, 1996/4, circ. p. 593. Pour un exemple d'application récent en assurance RC Exploitation (rendu sous l'empire de la loi de 1874, art. 16), voy. Cass., 09/04/1992, *R.G.A.R.*, 1995, p. 12512. Pour un commentaire d'autres décisions de jurisprudence, voyez H. de RODE, « L'action récursoire et la répétition de l'indu », in *Questions de Droit des Assurances, Vol. II, Actes du Colloque organisé*

Ainsi confusion et crainte nimeront-elles le changement de millénaire, dans ce tableau de Jérôme BOSCH où le Bourreau Fourchu n'est qu'une vulgaire et virtuelle punaise !

Et il n'est point certain que l'assureur soit le nocher qui aidera les « trépassés » à franchir les eaux du Styx, quand bien même en eussent-ils cru payer le prix ...

Jean-François DENTANT  
*Lic. en Droit,*  
*Lic. en Droit et Economie*  
*des Assurances (U.C.L.)*  
 E-mail : sa.ronvaux.jfd@ibm.net



par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 5 mai 1995, éd. ASBL J.B.L., 1996, p. 430-431. La validité des clauses des polices peut également être contestée en vertu de la loi du 14/07/1991 sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur (concept de « clauses abusives ») et de la Directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (Voy. H. de RODE, « Les clauses d'exclusion ... », op. cit., loc. cit., p. 584). Cette législation des clauses abusives ne pourra toutefois être invoquée dans les rapports entre assureur et assuré en « RC Entreprise », dans la mesure où l'assuré ne peut être considéré comme un « consommateur » (art. 1er, 7° de la loi du 14/07/1991 : « Consommateur : toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou des services mis sur le marché »).