

L'ASBL



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

présente :

L'an 2000, oui... mais après ?

**Responsabilités au sein de l'entreprise
& Management juridique**

© Olivier Rijckaert

Licencié en droit (UCL, 1995)

**Manager, Legal Affairs & Human
Resources**

Ericsson S.A.

olivier.rijckaert@ebr.ericsson.se

La problématique du passage à l'an 2000 a fait l'objet, ces derniers mois, d'innombrables études, articles et séminaires à connotation juridique. La jurisprudence, quant à elle, s'empare lentement - mais sûrement - de la question¹. A ce jour, plus aucun doute n'est permis : la survenance d'un dommage lié à l'incapacité d'un système à franchir le cap du millénaire est susceptible, dans certaines conditions, d'engager la responsabilité d'une entreprise, qu'elle soit fournisseur du système défectueux ou client "distrain" n'ayant pas pris à temps les mesures nécessaires pour se protéger contre les défaillances de systèmes qui lui ont été fournis.

Le problème est traditionnellement abordé sous l'angle de la responsabilité de la société, personne morale.

En revanche, la question des responsabilités que peut soulever le passage au nouveau millénaire au sein même de l'entreprise touchée n'est que rarement envisagée.

Il ne fait pourtant pratiquement aucun doute que, au lendemain du réveillon 2000, la "gueule de bois" informatique ne frappera pas exclusivement la société-personne morale. Une fois survenu le dommage, il paraît inévitable qu'au sein même de l'entreprise, des discussions s'élèvent. Survient alors l'épineuse question de la responsabilité des acteurs, personnes physiques cette fois, impliquées au sein de la société frappée par le "bug".

L'analyse de ces responsabilités internes fait l'objet de la première partie de notre étude.

Trois grands acteurs dont la responsabilité est susceptible d'être engagée peuvent être distingués au sein de l'entreprise : les Administrateurs, l'Administrateur Délégué ou Directeur Général et, enfin, le "Responsable de projet An 2000". En général, ces deux derniers seront liés à l'entreprise par un contrat de travail, ce qui, nous le verrons leur confère une certaine « sécurité » face à une éventuelle mise en cause de leur responsabilité dans le cadre du problème.

Dans une seconde partie, nous nous attacherons brièvement à l'examen du "Management juridique" de la problématique du passage à l'An 2000. C'est qu'aujourd'hui, le fameux "bug" marque, avec un certain fracas, l'entrée du juriste - qu'il soit avocat ou juriste d'entreprise - dans le monde, qui lui était jusqu'alors très fermé, de l'informatique.

¹ Voy. à cet égard la jurisprudence citée sur le site Droit-Technologies.

L'intérêt incontestable que présente une gestion juridique correcte du problème nous semblait donc également mériter une certaine attention.

1 LES RESPONSABILITÉS AU SEIN DE L'ENTREPRISE

Administrateurs, Délégué à la gestion journalière de l'entreprise, Responsable de projet An 2000. Trois acteurs - ou catégories d'acteurs - dont la responsabilité personnelle est susceptible d'être engagée en cas de survenance d'un dommage lié au passage à l'an 2000.

S'il ne fait aucun doute que ces trois catégories sont, au sein de l'entreprise, « en première ligne » en cas de problème, il n'en demeure pas moins que la nature de leur responsabilité est, à bien des égards, radicalement différente.

C'est pourquoi nous en aborderons l'examen séparément.

1.1 LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

Par « Administrateurs », l'on entend ici, bien entendu, les administrateurs de sociétés anonymes (S.A.), mais également les gérants de SPRL ou administrateurs de sociétés coopératives (S.C.). Dans un souci de commodité, notre analyse portera exclusivement sur l'examen du statut des administrateurs de société anonyme, sachant que la plupart des règles qui s'y appliquent peuvent trouver écho, *mutatis mutandis* en ce qui concerne la responsabilité des gérants des deux autres formes de société.

Les administrateurs sont les personnes investies du pouvoir de gérer la société. Ils agissent donc en qualité de mandataires de celle-ci. En principe, les actes qu'ils accomplissent en cette qualité sont donc ceux de la société et n'engagent qu'elle².

Cependant, lorsque dans l'accomplissement de leur mission, ces administrateurs commettent une faute qui cause un préjudice, soit à la société, soit à des tiers, ils peuvent être personnellement tenus – c'est-à-dire tenus sur leur patrimoine privé - de la réparation ce préjudice.

L'on distingue :

² Article 61 des Lois Coordonnées sur les Sociétés Commerciales : "*Les administrateurs ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société*".

L'an 2000, oui... mais après ?

- la faute commise dans l'exécution du mandat qui est conféré à l'administrateur par la société. On parle traditionnellement de la **faute de gestion**,³ qui engage la responsabilité de l'administrateur ou du gérant auquel elle peut être imputée, mais en principe uniquement à l'égard de la société ;
- la **violation d'une disposition des statuts ou des lois coordonnées** sur les sociétés commerciales⁴, qui engage la responsabilité solidaire des administrateurs et gérants à l'égard de la société et des tiers ;
- **la faute engendrant la responsabilité aquilienne** (articles 1382 et 1383 du Code civil), qui peut être mise en cause par la société ou par un tiers, dans le chef de chaque dirigeant d'entreprise qui a transgressé les normes générales de bon comportement ;
- enfin, **la faute grave**, qui est à la base de la faillite de la société.

Chacune de ces fautes constitue un fondement particulier à une action en responsabilité contre le(s) administrateur(s) fautifs, que ce soit à l'initiative de la société elle-même, ou, dans certaines hypothèses, de tiers lésés.

On les distinguera ci-dessous en examinant en quoi la problématique du passage à l'an 2000 est susceptible de s'y inscrire.

1.1.1 La faute de gestion

1.1.1.1 Principe : fondement de la responsabilité

Aux termes de l'article 62, al 1 des LCSC⁵ :

« Les administrateurs sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion ».

³ Quelques « fautes de gestion » classiques : l'absentéisme aux réunions du CA, le fait de conclure un contrat dans des conditions manifestement défavorables, le fait de contracter avec un entrepreneur non enregistré, etc.

⁴ Violation des règles relatives à la tenue et convocation des AG, conflits d'intérêts, non respect du droit de souscription préférentiel etc.

⁵ LCSC : Lois Coordonnées sur les Sociétés Commerciales

D'emblée, signalons que cette responsabilité est d'ordre strictement contractuel : elle n'existe que vis-à-vis du mandant de l'administrateur : la société⁶. Seule l'assemblée générale de cette dernière pourra la mettre en branle, par le biais de l'*actio mandati*⁷.

Que faut-il entendre par « faute de gestion » ?

Il s'agit de celle qui constitue un manquement à l'obligation de moyen de bonne gestion de l'entreprise. Afin de déterminer s'il y a faute ou non, on se demandera si un administrateur *normalement compétent et diligent*, placé dans les mêmes circonstances, aurait agi de manière identique.

Cette appréciation par rapport au critère de l'« administrateur normalement compétent et diligent » ne doit cependant pas être trop sévère. Il semble ainsi unanimement admis que « *spécialement dans un contexte économique, il n'est pas concevable de qualifier de faute toute erreur d'appréciation (...) s'il y a doute, il n'y a pas matière à condamnation* »⁸.

C'est en définitive au juge saisi à l'initiative de l'Assemblée générale qu'il appartiendra d'apprécier les faits qui sont reprochés à l'administrateur, compte tenu des circonstances de l'espèce.

Les faits traditionnellement sanctionnés par la jurisprudence constituent « *un comportement relativement continu et difficilement défendable, et non un fait isolé* »⁹.

La simple *erreur* (d'appréciation, par exemple), même grave, n'entraînera donc pas nécessairement la mise en cause de la responsabilité de l'administrateur. Il faut qu'il y ait faute.

Ont été retenus comme fautes de gestion les agissements/omissions suivants¹⁰ :

- l'octroi de crédits à des personnes notoirement insolvables ;
- le défaut de poursuite d'un débiteur avec une diligence suffisante ;

⁶ JL Fagnart, «La responsabilité des dirigeants de société», ed jeune Barreau, 1991, p 48.

⁷ Sous réserve de l'action minoritaire, qui peut être intentée, moyennant le respect de certaines conditions, par certains actionnaires. Voy. ci-dessous.

⁸ C. Jassogne, « *Les responsabilités liées à la création et au fonctionnement des sociétés commerciales* », *Traité pratique de droit commercial*, Tome IV, Story-Scientia, Bruxelles, 1998, p.809.

⁹ C. Jassogne, *op.cit*, p. 810 .

¹⁰ D. Matray, « Les responsabilités des administrateurs et gérants des S.A., S.P.R.L. et S.C. », *Guide juridique de l'entreprise*, 2ème éd., Kluwer, 1999, Livre 24, p.27.

- le défaut de surveillance d'un délégué à la gestion journalière, ou d'un comptable ;
- les négligences qui consistent dans la non-exécution , en temps utile, de formalités nécessaires, tel le renouvellement d'une inscription hypothécaire ou d'une police d'assurance ;
- le défaut de prendre les mesures utiles pour assurer, dans les délais, l'exécution d'un contrat de fournitures, ou pour limiter les conséquences de l'inexécution d'un contrat.

Notons enfin que, lorsque les fautes de gestion constituent concomitamment des fautes aquilienne, les administrateurs peuvent également être tenus responsables envers la société en vertu de l'article 1382 du Code civil (responsabilité extra-contractuelle), pour autant que leur comportement fautif constitue une violation de l'obligation générale de prudence et de diligence qui s'impose à tous, et que le dommage subi soit distinct de celui qui résulte de la seule inexécution du contrat de mandat entre la société et le dirigeant. Ce point sera examiné plus en détails ci-dessous.

1.1.1.2 Application à la problématique de l'An 2000

Dans le cadre du problème qui nous occupe, il est probable que la faute de gestion classique prendra la forme d'une ignorance totale, par les administrateurs, de la problématique du passage à l'an 2000. Il pourra également s'agir d'une prise de conscience tardive ou trop « légère » de la question.

Vu l'importance accordée depuis plusieurs mois, voire plusieurs années par la presse, spécialisée puis généraliste, à la question du passage à l'an 2000, tout administrateur *normalement prudent et diligent* a dû, à l'heure qu'il est, se pencher sur la question dans le cadre du bon fonctionnement de son entreprise.

Cette prise de conscience a dû s'opérer aussi bien au sein d'entreprises fournisseurs de produits sensibles (informatique, télécoms, ...), pouvant mettre en danger les clients, qu'au sein de sociétés consommatrices de produits dont le fonctionnement est susceptible d'être altéré par le problème.

Ainsi, il nous paraît inconcevable qu'une société, quels que soient son objet social, sa taille ou encore son importance sur le marché, ne se soit pas posé la question de la compatibilité An 2000 de son logiciel comptable ou de son système de facturation.

Dans cette mesure, il est plus que probable qu'une faute de gestion pourra être retenue à l'encontre d'administrateurs qui n'ont pas (ou qui avaient mal) envisagé l'impact de la transition à l'an 2000 sur les affaires de leur société.

Est-ce à dire que les administrateurs seraient *personnellement tenus* de mettre en oeuvre une transition harmonieuse vers le nouveau millénaire ? Non. Il leur est bien entendu loisible de déléguer la gestion du problème à un collaborateur, directeur, responsable de projet ou consultant externe, pour peu toutefois que le Conseil d'administration assure un suivi régulier et attentif de l'évolution de la question au sein de la société.

La surveillance correcte de l'évolution du projet An 2000 - et de l'équipe qui en a la charge - nous semble revêtir dans ce cadre une importance toute particulière. Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles a retenu par le passé la responsabilité d'un administrateur en raison d'une faute de gestion consistant en l'absence de vigilance dans le recrutement d'un comptable et dans la surveillance de ses activités¹¹. Selon nous, et par analogie, la négligence persistante dans le suivi des activités de l'équipe chargée de mener à bien le projet An 2000 – et *a fortiori* l'absence de constitution d'une telle équipe - pourrait, de la même manière, constituer une faute de gestion.

Quelles que soient la nature et l'ampleur des moyens mis en oeuvre, il nous paraît en tout état de cause indispensable que les procès verbaux du Conseil d'administration de l'entreprise reflètent, de manière aussi complète que possible, la prise en considération de la problématique et un suivi harmonieux de l'évolution du « projet an 2000 » dans le cadre de la gestion quotidienne de l'entreprise.

Rappelons enfin que les administrateurs ne sont pas tenus à une obligation « de résultat ». Le simple fait que l'entreprise connaisse certaines difficultés de transition au moment fatidique ne permettra pas *de facto* d'engager leur responsabilité sur base d'une faute de gestion. Une erreur d'appréciation n'est pas exclue, certainement dans la mesure où les spécialistes de la question s'accordent sur l'existence d'une relative marge d'incertitude en ce qui concerne les problèmes susceptibles de se poser¹².

1.1.1.3 Sanctions

Si les administrateurs sont reconnus coupables d'une faute de gestion, l'Assemblée générale dispose de la possibilité de décider d'intenter une action en justice. Il s'agit de l'*actio mandati*.

¹¹ Bruxelles, 1er février 1982, *R.P.S.*, 1982, p.219, cité par P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales, *R.C.J.B.*, 1993, p. 782.

¹² Il en va ainsi notamment de la continuité de la fourniture d'électricité qui soulève, particulièrement aux Etats-Unis, de nombreuses questions, voire un certain « vent de panique ». Dans ce cadre, on pourrait selon nous difficilement reprocher aux administrateurs d'une société de ne pas avoir prévu l'achat de générateurs permettant de pallier à une éventuelle défaillance dans l'approvisionnement de leur entreprise en courant électrique...

En pratique, l'assemblée générale chargera un ou plusieurs mandataires d'intenter l'action (Art. 66bis, § 1er LCSC)¹³.

La responsabilité étant dans ce cas de nature individuelle, seul l'administrateur fautif sera cité par la société et éventuellement tenu de répondre de sa faute de gestion. Notons toutefois qu'il est envisageable que la faute soit commise par plusieurs administrateurs. Dans ce cas, les condamnations pourront être prononcées solidairement à l'égard de tous les administrateurs dont le manquement pourra être établi.

La société devra bien entendu prouver la nature et l'étendue du dommage qu'elle a subi suite à la faute de gestion de l'administrateur.

¹³ Notons toutefois que la loi du 18 juillet 1991 a introduit « l'action sociale minoritaire ». Elle permet aux actionnaires avec droit de vote ou aux titulaires d'actions sans droit de vote d'exercer, sans qu'une décision de l'assemblée générale soit requise, une action contre les administrateurs. Ces actionnaires doivent posséder « *au jour de l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge des administrateurs, des titres auxquels est attaché au moins 1 p.c. des voix attachées à l'ensemble des titres existant à ce jour ou possédant à ce même jour des titres représentant une fraction du capital égale à cinquante millions de francs au moins* » (Art. 66bis, §2, al.2, LCSC)

1.1.2 La violation d'une disposition des statuts ou des Lois coordonnées sur les sociétés commerciales (« LCSC »)

1.1.2.1 Fondement de la responsabilité

L'article 62, al. 2 des LCSC dispose :

« (Les administrateurs) sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent titre ou des statuts sociaux ».

D'emblée, on remarque qu'il s'agit ici :

- d'une responsabilité *solidaire* des administrateurs
- d'une responsabilité non seulement à l'égard de la société mais également *vis-à-vis des tiers*.

Cette disposition instaure en outre une présomption de faute.

a. Présomption de faute

La faute des administrateurs est présumée : elle existe du simple fait de la constatation de la violation des statuts ou des LCSC (et du droit comptable, incorporé au droit des sociétés). La « victime » devra donc se contenter de prouver un dommage et un lien de causalité entre celui-ci et la violation des normes en question.

b. Responsabilité solidaire

L'article 62 al. 2 présume la solidarité des administrateurs. En pratique, chaque administrateur répond donc, à l'égard de la partie lésée, de la totalité du dommage subi par celle-ci, quel que soit l'administrateur qui a effectivement commis la faute.

Cette présomption de solidarité est cependant réfragable dans la mesure où l'article 62, al. 3 LCSC dispose que *« (Les administrateurs) ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront pris connaissance ».*

Trois conditions doivent donc être remplies pour qu'un administrateur soit déchargé de toute responsabilité dans ce cadre :

- il ne doit pas avoir pris part à l'infraction ;

- aucune faute ne doit lui être imputable ;
- il doit avoir dénoncé l'infraction à l'AG la plus proche ;

c. Responsabilité vis-à-vis de la société et des tiers

Les tiers, tels les créanciers de l'entreprise, puisent eux aussi dans l'article 62, al.2 LCSC un droit d'agir contre les administrateurs défaillants¹⁴.

1.1.2.2 Application

Aux termes de l'article 77 LCSC, les administrateurs sont tenus de constituer un rapport annuel de gestion dans lequel ils font état de leur politique. Tout en reprenant des commentaires sur les comptes annuels de la société, ce rapport doit refléter la vision exacte du cours des affaires et de la position de la société sur le marché.

De même, doit y figurer toute information sur des événements qui seraient susceptibles d'affecter de manière *significative* le développement de la société.

Suivant l'Institut belge des réviseurs d'entreprise, l'information spécifique au problème de l'an 2000 pourrait couvrir les aspects suivants¹⁵ :

- informations relatives au plan d'action engagé pour résoudre l'ensemble des problèmes liés au passage à l'an 2000 et l'état d'avancement de ce plan ;
- coûts estimés de ce plan ;

¹⁴ Le créancier d'une S.A. puise son droit d'agir directement contre l'administrateur de celle-ci, en réparation du préjudice personnel que lui a causé l'acte délictueux commis par cet administrateur à l'occasion de sa gestion, non seulement dans l'art. 1382 du C.civ., applicable aux administrateurs des S.A. comme à quiconque, mais aussi dans l'art. 62, al. 2, en vertu duquel les administrateurs sont responsables envers les tiers de tous dommages résultant d'infractions aux dispositions du Liv. 1er, Titre IX du C.comm. et aux statuts sociaux. La faillite de la société et la circonstance que la cause du dommage infligé à ce créancier par les agissements de l'administrateur n'est pas distincte de celle du dommage subi par les créanciers de la masse faillie ne paralysent pas son droit d'agir individuellement et directement contre l'administrateur (Cass., 8 mars 1965, Pas., 1965, I, p. 684 et Rev. prat. soc., 1965, p. 65).

¹⁵ Institut des Réviseurs d'entreprise, Note technique, Implications du problème de l'An 2000 en matière de révision, téléchargeable sur le site web de l'Institut à l'adresse <http://www.accountancy.be>.

- risques et incertitudes liés notamment à une résolution incomplète ou tardive des problèmes ou, le cas échéant, la mention que l'entreprise n'a pas terminé l'évaluation des coûts et risques correspondants.

Notons que cette obligation d'information doit bien entendu être appréciée au cas par cas. Il est clair que le saut vers le nouveau millénaire n'aura pas le même impact pour une banque ou société fournissant des solutions informatiques que pour une petite entreprise exploitant un magasin de vêtements. Les administrateurs devront donc apprécier l'opportunité de faire une déclaration, ainsi que l'étendue de celle-ci, compte tenu de l'incidence potentielle du problème sur le fonctionnement harmonieux de l'entreprise.

Par ailleurs, comme expliqué ci-dessus, outre les dispositions des LCSC, les administrateurs doivent s'assurer du respect des lois comptables. A cet égard, plusieurs dispositions de l'Arrêté royal du 8 octobre 1976 sur les comptes annuels des entreprises sont susceptibles d'entrer en jeu dans le cadre du problème qui nous occupe.

Ainsi, aux termes de l'article 3 de l'Arrêté royal, *les comptes annuels doivent donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'entreprise.*

L'article 15 du même arrêté dispose, quant à lui, que les dirigeants doivent s'assurer du fait que le principe de la continuité de l'exploitation est justifié dans l'élaboration des comptes annuels.

Or il est clair que pour nombre d'entreprises, le problème du passage à l'an 2000 provoquera un ensemble de coûts extraordinaires si elles souhaitent s'assurer une *business continuity* sans failles

Il suffit de penser par exemple à la nécessité d'engager du personnel supplémentaire, voire de recourir à des consultants spécialisés. De même, la mise en conformité d'une infrastructure informatique complexe – pour peu qu'elle ne soit pas à charge du fournisseur/installateur – peut engendrer dans certaines situations des coûts inhabituels. Par ailleurs, le fonctionnement et la continuité de l'exploitation peuvent être ralentis, voire mis en péril¹⁶.

¹⁶ Avec l'Institut des réviseurs d'entreprise (*op. cit.*), on citera notamment les risques suivants :

- le traitement des coûts associés à la modification des systèmes informatiques ;
- la désaffectation d'actifs tels que les logiciels et équipements automatisés qui deviendraient inutilisables ;
- les changements dans les taux d'amortissement dus aux modifications dans l'estimation de la durée d'utilisation probable ;
- la correction des valeurs de stocks invendables ;

A cet égard, les administrateurs ne doivent pas perdre de vue que l'entreprise pourra être confrontée aussi bien à des problèmes internes qu'à d'éventuelles défaillances de ses partenaires commerciaux, fournisseurs ou autres.

Ces « aléas » devront, dans la mesure du possible et compte tenu de leur prévisibilité, être correctement reflétés dans les comptes annuels de l'exercice en cours.

Il conviendra par ailleurs de constituer des provisions suffisantes, compte tenu non seulement des coûts que représente la mise en place du « programme an 2000 », mais également des pertes qui pourraient être engendrées par l'apparition d'une défaillance. Enfin, s'agissant des sociétés productrices de produits / applications sensibles, les coûts liés à l'indemnisation de tiers en cas de survenance d'un « sinistre » devraient idéalement être pris en compte.

1.1.3 Responsabilité sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil¹⁷

Selon Van Ommeslaghe, « *L'application aux administrateurs de société anonyme des principes généraux de la responsabilité aquilienne, lorsque les conditions de cette responsabilité sont réunies, n'est pas contestable. En particulier, l'organisation par les LCSC de régimes de responsabilité spécifiques n'a pas, en soi, pour effet de soustraire les fonctions d'administrateur au droit commun de la responsabilité (...)* »¹⁸

C'est essentiellement vis-à-vis des tiers que les administrateurs sont susceptibles de répondre de leur faute aquilienne sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil.

-
- la comptabilisation des provisions telles que celles liées aux garanties des produits, litiges ou autres coûts que l'entreprise devrait supporter pour la modification des équipements qu'elle a livrés ;
 - l'incertitude de recouvrement de créances sur certains tiers qui n'auraient pas pris les mesures appropriées ;
 - toute autre considération liée à l'évaluation du *going concern*, particulièrement l'évaluation de l'amplitude des coûts et autres conséquences sur l'exploitation.

¹⁷ Art. 1382 du Code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* » ; Art. 1383 du Code civil : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ».

¹⁸ P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, *op.cit.*, p.784.

Comme on le verra, il n'est cependant pas exclu que la société, par le biais de son assemblée générale, invoque la responsabilité de ses administrateurs sur cette même base. Signalons d'emblée que ceci n'est concevable que si la faute de l'administrateur n'est pas liée à l'exécution de son mandat, auquel cas seule la responsabilité contractuelle (faute de gestion, voy. ci-dessus) pourrait être invoquée.

L'intérêt, pour la société, de fonder une action en responsabilité sur l'article 1382 du Code civil plutôt que sur pied des dispositions spécifiques des LCSC réside principalement dans le fait que, en cas de faute aquilienne, les administrateurs sont tenus de rembourser à la société tout dommage, en ce compris le dommage imprévisible¹⁹. Dans le régime de la responsabilité contractuelle, la réparation du dommage se limite à ce qui est la suite immédiate et directe de l'inexécution du contrat.

1.1.3.1 La faute aquilienne : notion

Constitue une faute aquilienne tout manquement à une loi ou à une autre norme légale, causant un dommage, mais également toute méconnaissance d'une norme de comportement qui s'impose à tous, telle que le devoir de loyauté, de prudence, de diligence et de compétence²⁰.

La responsabilité aquilienne peut donc être mise en cause lorsqu'un des administrateurs a commis un acte que n'aurait pas commis *un chef d'entreprise normalement prudent et diligent*.

L'appréciation du caractère fautif du comportement ou de l'abstention incombe au juge saisi du litige. Lors de son intervention, il sera attentif aux considérations suivantes :

1. Toute personne normalement prudente, mise en présence d'une situation déterminée, est susceptible d'adopter diverses attitudes.

Le dirigeant dispose donc d'une marge de manoeuvre dans les limites de laquelle il a le choix d'un ou de plusieurs comportements raisonnables. Le juge ne pourra substituer son appréciation à celle du dirigeant, mais éventuellement sanctionner l'attitude qui se situe en dehors de cette marge (critère dit de *l'appréciation marginale*) ;

¹⁹ Cass., 10 octobre 1949, *Pas.*, 1950, 64, cité par D. Van Gerven, *op. cit.*, p.137.

²⁰ D.Van Gerven, Les clauses limitatives de responsabilité, les garanties d'indemnisation et l'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux, *R.P.S.*, 1998, p.137.

2. Le juge s'efforcera de se placer dans les circonstances dans lesquelles les dirigeants se sont trouvés au moment de l'acte ou de l'abstention, en faisant abstraction de ce qui n'a été révélé que par des faits et des analyses postérieures (critère de *l'appréciation a priori*).

1.1.3.2 Responsabilité aquilienne vis-à-vis des tiers – Application

Les tiers peuvent selon nous avoir un intérêt évident à invoquer la responsabilité personnelle des administrateurs d'une société. Dans le monde de l'informatique, nombre de « petites » entreprises pullulent. Ces sociétés ne disposent peut-être pas des actifs qui permettront au tiers lésé d'obtenir réparation du préjudice qu'il subit. Le tiers puisera donc dans les LCSC ou les articles 1383 et 1384 du Code civil un droit à agir contre les administrateurs eux-mêmes afin d'obtenir, peut-être avec davantage de succès, réparation de son dommage sur leur patrimoine personnel ou familial.

a. Faute de gestion, Violation des statuts ou LCSC

La faute de gestion, qui confère à la société le droit de mettre en branle l'*actio mandati* (voy. ci-dessus) peut, indirectement, permettre à des tiers d'intenter une action sur base de la responsabilité aquilienne. La doctrine semble en effet s'accorder sur le fait que la faute de gestion peut constituer une violation du principe général de prudence dont question à l'article 1382 du Code civil.

De même, toute violation des LCSC ou des statuts – en vertu de l'article 62, al. 2 LCSC, imputable à un administrateur, constitue nécessairement une faute. Selon la doctrine, cette règle doit s'appliquer à la responsabilité spécialement prévue par l'article 62, al. 2 LCSC tant dans les rapports de l'administrateur avec la société qu'à l'égard des tiers²¹.

b. Autres fautes

« Les tiers et tout particulièrement les créanciers d'une personne morale, doivent pouvoir mettre en cause la responsabilité personnelle de ses administrateurs ou gérants toutes les fois que l'impéritie ou la déloyauté de ceux-ci leur a causé un dommage, conformément au droit commun de la responsabilité aquilienne. »

²¹ P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, *op. cit.*, p. 787.

Selon les principes généraux de la responsabilité civile, celui qui assume un rôle déterminé dans la société et se charge ainsi de remplir une certaine fonction sociale, doit en effet posséder les connaissances et les qualités requises pour l'exercice normal de cette fonction. Les tiers ont le droit de compter que cette exigence sera respectée, ce qui signifie essentiellement que leur confiance légitime ne peut être trompée par des agissements qui sont susceptibles de leur nuire et qui témoignent d'une ignorance, d'une insouciance voire même d'une déloyauté incompatibles avec l'exercice normal d'une activité déterminée »²².

C'est ainsi qu'a été retenue la responsabilité personnelle des administrateurs d'une société (en l'espèce une ASBL), à l'égard d'un créancier, sur base de l'article 1382 du Code civil, en raison du fait qu'ils avaient, dans le cadre de l'organisation d'un festival de musique, contracté des dettes au-delà du budget fixé, qu'ils avaient déserté leurs fonctions après la fin du festival et qu'ils avaient négligé d'accomplir les formalités nécessaires pour l'obtention d'une subvention publique qui aurait permis de « limiter les dégâts »²³.

Dans une telle espèce la faute est « on ne peut plus claire » et il paraît naturel que la responsabilité des intéressés ait été retenue...

Sans pour autant parler d'un cas isolé, il semble cependant que la jurisprudence soit extrêmement réticente à admettre la responsabilité personnelle des administrateurs d'une société sur base de l'article 1382 du Code civil.

La plupart des décisions rendues par nos Cours et tribunaux en la matière sanctionnaient le comportement de gérants d'ASBL, indifférents à l'égard des obligations qu'impliquaient leurs missions. D'autres décisions ayant mené à une condamnation d'administrateurs sur base de la responsabilité aquilienne étaient motivées par le fait que ceux-ci avaient contracté, au nom de la personne morale, des engagements dont ils savaient – ou devaient savoir - qu'ils ne pourraient être honorés²⁴.

Ainsi, le tribunal de commerce de Liège a récemment considéré que le fait pour un administrateur de créer des obligations dont il devait savoir qu'elles ne pourraient être honorées, sur base des conditions prévues et dans un délai raisonnable, constitue une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil²⁵.

²² J. Van Ryn et X. Dieux, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers – Observations complémentaires », *Rev. Prat. Soc.*, 1989, p.95

²³ Cité par P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, *op. cit.*, pp.783-784.

²⁴ I. Corbisier, « Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale », *Rev. prat. Soc.*, 1994, pp.6 et ss.

²⁵ Comm. Liège, 1^{er} septembre 1992, *R.D.C.*, 1992, p. 501.

S'agissant de la problématique du passage à l'an 2000, c'est probablement dans des situations analogues que des tiers seraient amenés à fonder leur action sur les principes de la responsabilité aquilienne. Ainsi, la responsabilité personnelle des administrateurs d'une société fournissant des solutions informatiques pourrait être retenue en cas de maintien excessif sur le marché d'un produit dont il est clair qu'il ne passera pas le cap de l'an 2000 et pour lequel aucune adaptation n'est possible.

De même, les tiers lésés par une société dont les instruments de gestion sont totalement inadaptés et qui continue à contracter des engagements dont il est manifeste qu'ils ne pourront être honorés, en raison d'une désorganisation totale de l'entreprise en janvier 2000 pourraient, outre une action contre l'entreprise elle-même, tenter une action directe contre les administrateurs de celle-ci.

1.1.3.3 Responsabilité aquilienne vis-à-vis de la société

Lorsque les fautes de gestion de l'administrateur constituent également des fautes aquilienne, les administrateurs peuvent être déclarés responsables envers la société sur pied de l'article 1382 du Code civil.

Il faut cependant que le dommage subi par la société soit distinct de celui qui résulte de la seule inexécution du contrat de mandat existant entre la société et ses administrateurs.

En pratique, on constate que ce cas est rarement rencontré. La société utilisera donc de préférence les moyens spécifiques que les LCSC mettent à sa disposition pour invoquer la responsabilité des administrateurs.

1.1.4 Responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant conduit à la faillite de la société

En vertu de l'article 63^{ter} LCSC, les administrateurs qui ont commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de leur société peuvent être tenus de couvrir les dettes de celle-ci, en tout ou en partie, à concurrence de l'insuffisance d'actif.

Nous ne nous étendons pas outre mesure sur cette hypothèse. Dans le cadre de la question qui nous occupe, signalons simplement qu'une inaction flagrante des administrateurs pourrait servir de fondement à une action à leur encontre par des tiers lésés. Il appartiendra toutefois à ceux-ci d'apporter la (difficile) preuve de ce que la cause de la faillite réside dans l'absence de prise en considération des problèmes liés au passage à l'an 2000.

1.1.5 Conclusion sur la responsabilité des administrateurs

Il ne fait aucun doute que la responsabilité personnelle des administrateurs d'une société pourra, dans certaines hypothèses, être engagée en cas de survenance d'un dommage lié à la problématique de l'an 2000.

A cet égard, aussi bien les tiers que la société elle-même peuvent puiser, dans les Lois coordonnées sur les sociétés commerciales et dans le droit commun de la responsabilité civile, les ressources juridiques qui leur permettront de faire valoir leurs droits à l'égard du (des) administrateur(s) défaillant(s).

La société et ses actionnaires pourront ainsi obtenir, sur le patrimoine privé des mandataires, réparation du préjudice qu'ils subissent du fait d'un manque de gestion sérieuse du projet, menant à des pertes sociales.

Les tiers, quant à eux, pourront faire usage des moyens examinés ci-dessus, non sans avoir au préalable tenté d'obtenir réparation du dommage subi auprès de la société elle-même. Si celle-ci apparaît comme étant insolvable, la mise en cause des administrateurs pourra éventuellement leur apporter satisfaction.

Notons toutefois que le juge saisi du litige, que ce soit à l'initiative des uns ou des autres, appréciera la question des responsabilités en fonction des éléments propres à la situation qui lui est soumise. A cet égard, il ne fait pratiquement aucun doute que les administrateurs normalement prudents et avisés ne verront pas leur responsabilité mise en cause.

Signalons enfin que le droit met à la disposition des administrateurs de sociétés un certain nombre de moyens leur permettant de protéger leur patrimoine personnel (et familial) dans l'hypothèse où leur responsabilité est engagée²⁶.

²⁶ Voy. à cet égard D. Van Gerven, *op. cit.*, pp.142 et ss.

1.2 LA RESPONSABILITÉ DU DÉLÉGUÉ À LA GESTION JOURNALIÈRE

1.2.1 Situation de l'Administrateur délégué

La gestion journalière d'une société anonyme est traditionnellement confiée à un administrateur. Celui-ci, dénommé « Administrateur délégué » est soumis, pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions de mandataire, aux règles de responsabilité applicables aux administrateurs (voy. ci-dessus).

Ce principe doit cependant être nuancé.

Il est en effet courant – et admis tant en jurisprudence qu'en doctrine - que l'Administrateur délégué soit, indépendamment du contrat de mandat, également lié à la société par un contrat de travail, pour l'exercice de ses fonctions de gestion journalière²⁷.

Précisons que l'exercice de ces fonctions de gestion doit être clairement distinct de l'exécution des fonctions « normales » d'un administrateur. Un administrateur dont la tâche se limite à l'exécution des missions inhérentes à son mandat ne peut en effet jamais être lié à la société par un contrat de travail, principalement en raison du caractère de révocabilité *ad nutum* de son mandat.

Deux conditions principales doivent donc être réunies pour que l'Administrateur délégué puisse être considéré comme employé de la société :

- le contrat de travail doit avoir pour objet l'exécution de missions suffisamment distinctes de celles qu'implique l'administration d'une société ;
- ces missions doivent être exécutées par l'Administrateur délégué dans le cadre d'un lien de subordination avec la société.

²⁷ « Il est admis que l'Administrateur peut travailler dans le cadre d'un lien de subordination lorsqu'il exerce une fonction distincte de celle exercée dans le cadre de son mandat d'administrateur, et que dans l'exercice de cette fonction il se trouve réellement soumis à l'autorité de la société (c'est-à-dire du conseil d'administration). L'exercice de la gestion journalière est une fonction distincte du mandat d'administrateur et peut donc faire l'objet d'un contrat de travail » (D. Van Gerven, *op. cit.*, p.140).

L'une des conditions essentielles à l'existence d'un contrat de travail est en effet l'existence d'un *lien de subordination* entre le travailleur et son employeur. Il convient donc de s'assurer que l'administrateur est effectivement soumis à l'autorité du Conseil d'administration de la société (ou d'une personne désigné par celui-ci) dans le cadre de l'exercice de ses fonctions de gestion, avant de conclure à l'existence d'un contrat de travail²⁸.

L'administrateur lié à la société par un contrat de travail bénéficiera, dans le cadre de l'exercice de sa mission de gestion, du régime favorable de responsabilité prévu à l'article 18 de la Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

En vertu de cette disposition, le travailleur (dans ce cas-ci, l'Administrateur délégué) ne répond, tant envers la société que vis-à-vis des tiers, que de son dol et de sa faute lourde pour les dommages qu'il cause. Il ne répond de sa faute légère que si elle présente un caractère habituel.

Il s'agit donc d'une dérogation importante aux mécanismes classiques de responsabilité édictés par les articles 1382 et 1383 du Code civil, aux termes desquels toute faute, quelle que soit sa gravité, oblige son auteur à réparer le dommage qu'elle a engendré.

L'on examinera la portée des notions de « dol », « faute lourde » et « faute légère habituelle » et, plus généralement, le régime de responsabilité limitée instauré par la loi relative aux contrats de travail ci-dessous, dans le cadre de l'analyse de la responsabilité du « Chef de projet An 2000 ».

1.2.2 Les autres délégués à la gestion journalière

Si la gestion quotidienne de la société est couramment confiée à l'un de ses administrateurs, il arrive également qu'elle soit déléguée à un non-administrateur, couramment dénommé « Directeur général ».

Dans ce cas, la question de la pluralité des mandats ne se pose pas : le Directeur général est en principe exclusivement lié à la société par un contrat de travail.

Il bénéficie donc de plein droit, dans le cadre de l'exercice de sa fonction, de l'immunité de responsabilité instaurée par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

²⁸ Notons en revanche que l'existence d'un écrit n'est pas requise. Le contrat de travail peut parfaitement être verbal.

L'an 2000, oui... mais après ?

1.3 LA RESPONSABILITÉ DU “CHEF DE PROJET AN 2000”

La plupart des sociétés d'une certaine importance ont constitué, en leur sein, un « Comité An 2000 ». Il s'agit d'un groupe de travail, traditionnellement formé de représentants des segments critiques de l'entreprise, chargé de mener à bien la transition vers le nouveau millénaire. Cette équipe est dirigé par un « chef de projet ».

Il n'est pas inintéressant de se poser la question de la responsabilité personnelle de cet acteur important. En effet, comme on l'a vu ci-dessus, c'est à lui que les administrateurs – ou la personne chargée de la gestion journalière - délèguent en quelque sorte, une partie de leur responsabilité dans le cadre de la préparation de la société au passage vers l'an 2000.

Nous partons ici de l'hypothèse que ce « Chef de projet » est un travailleur de l'entreprise, c'est-à-dire qu'il est lié à elle par un contrat de travail. Il est bien entendu loisible à une société de confier cette responsabilité à un spécialiste externe, tel un consultant. Dans ce cas, l'analyse du régime de responsabilité devra se faire compte tenu de la nature et des dispositions du contrat d'entreprise liant la société client au consultant. Eu égard aux innombrables particularités que peuvent présenter ces conventions et, partant, à la difficulté de procéder à une généralisation des régimes de responsabilité qui les gouvernent, nous ne nous attarderons pas à l'examen de cette hypothèse.

Enfin - et avant d'entrer dans le vif du sujet - rappelons que le régime de responsabilité particulier institué par la Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail trouve également à s'appliquer à la personne à laquelle a été confiée la gestion journalière de la société, qu'il s'agisse d'un Administrateur délégué ou encore d'un Directeur général (voy. ci-dessus).

1.3.1 Principe : l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978

L'article 18 de la Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail dispose :

« En cas de dommages causés par le travailleur à l'employeur ou à des tiers dans l'exécution de son contrat, le travailleur ne répond que de son dol et de sa faute lourde.

Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente un caractère habituel.

(...) ».

L'article instaure au profit du travailleur une véritable immunité de responsabilité, ceci aussi bien envers l'employeur qu'à l'égard des tiers à l'entreprise, pour la plupart des actes fautifs posés dans le cadre de l'exercice des fonctions.

Les seules exceptions à ce principe d'immunité sont précisées par la loi : il s'agit du cas de *dol*, *faute lourde*, ou encore *faute légère habituelle*.

Notons que cette exonération de responsabilité ne « joue » qu'entre le travailleur et son employeur. Le régime de l'article 18, dérogoire au droit commun, n'emporte aucune limitation de la responsabilité présumée de l'employeur du fait de ses préposés, instituée par l'article 1384, al. 3 du Code civil.

Ainsi, un tiers lésé par une faute, quelle que soit sa gravité, commise par le travailleur d'une société dans l'exécution de sa fonction conserve la possibilité d'invoquer la responsabilité de l'employeur du fait de la faute de son préposé. L'employeur sera tenu d'en réparer les conséquences, même s'il s'agit d'une faute infime et inhabituelle.

1.3.1.1 La faute du travailleur : dol, faute lourde, faute légère habituelle

Nous analyserons ci-dessous la portée des notions de dol, faute lourde et faute légère *habituelle*.

a. *Le Dol*

Aux termes de l'article 1116 du Code civil, le dol est toute manoeuvre *malicieuse* par laquelle une partie à un contrat induit l'autre à contracter. Il ne suppose pas nécessairement la *volonté de nuire* dans le chef de son auteur. Il suffit que le travailleur ait commis la faute *intentionnellement*.

Le dol se caractérise donc par la volonté dont est animé son auteur de causer un dommage à autrui ou de violer une obligation à laquelle il est tenu²⁹.

La jurisprudence n'a dû que très rarement se prononcer dans des situations où il était question de dol de la part du travailleur. Nous ne nous étendrons donc pas davantage sur cette catégorie de faute pour nous attacher à l'étude de la notion de *faute lourde*, souvent retenue par nos Cours et tribunaux pour fonder la condamnation de travailleurs à la réparation de dommages qu'ils ont causés dans l'exercice de leurs fonctions.

²⁹ F. Lagasse et M. Milde, « La responsabilité du travailleur », *Orientations*, 1993, p.61.

L'an 2000, oui... mais après ?

b. *La faute lourde*

Contrairement au dol, la faute lourde ne requiert pas l'intention de nuire de la part de son auteur.

Elle est un manquement grave que ne commettrait pas un homme *normalement prudent*. Sans être intentionnelle, elle apparaît néanmoins comme une faute *dont la gravité est telle que l'observateur est automatiquement amené à penser que l'auteur l'a commise expressément*³⁰.

La faute lourde est donc la faute non intentionnelle qui est à ce point grossière et démesurée qu'elle n'est pas excusable.

C'est essentiellement en matière de roulage que la jurisprudence est amenée à se prononcer sur l'existence d'une faute lourde dans le chef du travailleur.

A titre d'exemple, le conducteur de poids lourd qui n'a pas remarqué que son camion était trop haut pour passer dans un tunnel et qui a, de ce fait, accroché le tunnel entraînant de graves dégâts à la partie supérieure du camion, a été reconnu comme auteur d'une faute lourde. Il fut condamné à rembourser à son employeur les frais de remise en état du véhicule³¹.

Les cas où la faute lourde d'un travailleur a été retenue ne se limitent cependant pas à des situations de roulage. Les fautes inexcusables de gestion, au sens large du terme, sont également retenues à l'encontre de personnes exerçant des responsabilités au sein de l'entreprise.

Ainsi, le Tribunal du travail de Bruxelles a décidé qu'était lourdement fautif le fait pour le directeur du personnel d'une société de laisser « traîner » sur son bureau pendant plusieurs mois un exploit de saisie-arrêt sans faire la déclaration de tiers-saisi, avec pour conséquence que la société fut déclarée elle-même débitrice pure et simple des causes de la saisie. Le tribunal condamna le directeur à indemniser la société du préjudice occasionné³².

³⁰ L. Cornelis, « La faute lourde et la faute intentionnelle », *J.T.*, 1981, pp. 513 et ss.

³¹ T.T. Gand, 8 mars 1993, *R.W.*, 1993-94, p.268.

³² Trav. Bruxelles, 3 février 1986, *J.J.T.B.*, 147, cité par F. Lagasse et M.Milde, *op. cit.*, p. 65.

De même, le travailleur dont la fonction consiste en la mise en location de voitures se rend coupable d'une faute lourde lorsqu'il les met à la disposition d'une clientèle insolvable ou d'une clientèle envers laquelle il n'exige pas les sommes dues à titre de garantie ou de caution, et sans veiller à ce que le client respecte les délais, prévus contractuellement, de restitution du véhicule lié. Dans ce cas, le tribunal du travail a condamné le travailleur à verser à son employeur une somme correspondant aux montants non réclamés par le travailleur à la clientèle³³.

Avec V. Vannes³⁴, on peut résumer comme suit les situations où la faute d'un travailleur risque de constituer une faute lourde au sens de l'article 18 de la loi :

- la faute lourde « active » : elle est réalisée par le manquement grave, la faute grossière ou inexcusable du travailleur. Elle est celle que ne commet pas le « bon père de famille », c'est-à-dire l'homme normalement raisonnable et prudent ;
- la faute lourde « passive », réalisée par l'abstention grave du travailleur. La faute résulte des actes, des obligations qu'il est resté en défaut d'accomplir. Il en est ainsi par exemple lorsque le travailleur omet de prendre les mesures de prudence les plus élémentaires qui s'imposent à tout être sensé.

c. *La faute légère habituelle*

La faute légère est la faute « excusable » que toute personne, placée dans les mêmes circonstances de fait que le fautif, peut être amenée à commettre.

Dans le cadre du mécanisme de responsabilité instauré par la loi relative aux contrats de travail, cette faute n'entraîne la responsabilité du travailleur que si elle présente dans son chef un caractère habituel.

V. Vannes donne deux interprétations du concept d'habitude³⁵ :

- l'habitude résulte de la répétition de fautes de même nature, qui dénotent un certain « état d'esprit » du travailleur ;

³³ T.T. Bruxelles, 4 février 1991, R.G. 91/02323, inédit, cité par V. Vannes, « Questions de droit du travail approfondi », Editions de l'ULB, 1993, p. 351.

³⁴ V. Vannes, *op. cit.*, p. 352.

³⁵ V. Vannes, *op. cit.*, pp.352-353.

- l'habitude résulte de la propension du travailleur à commettre des fautes, quelle que soit leur nature précise. C'est alors la tendance du travailleur à commettre des fautes qui met en cause la responsabilité du travailleur.

1.3.1.2 Le dommage subi par l'employeur

C'est à double titre que l'employeur peut subir un dommage du fait de la faute de son préposé :

1. D'une part, l'employeur peut se voir contraint d'indemniser un tiers (client, par exemple) en raison d'une faute commise par le travailleur dans le cadre de l'exécution de son contrat. Dans cette hypothèse, la responsabilité de l'employeur est engagée par l'effet de l'article 1384, al. 3 du Code civil : c'est à lui qu'il appartiendra d'indemniser le tiers « victime ». Le dommage subi par l'employeur consiste en la perte (financière, par exemple) subie du fait d'avoir dû indemniser le tiers. Si, à la source de l'action du tiers contre l'employeur, se trouvait un dol, une faute lourde ou une faute légère habituelle du travailleur, l'employeur sera fondé à réclamer à ce dernier le remboursement des sommes qu'il a lui-même dû verser au tiers à titre de dommages et intérêts.
2. D'autre part, il se peut que le travailleur cause, dans l'exercice de ses fonctions, directement un dommage à l'employeur (dégâts à l'outillage, par exemple). Dans cette hypothèse, et toujours en cas de dol, faute lourde ou faute légère habituelle, l'employeur puise dans l'article 18 de la loi le droit de réclamer au travailleur fautif la réparation du dommage qu'il a subi.

1.3.2 Application à la problématique du passage à l'an 2000

Il n'est à notre avis pas exclu que, dans le cadre de la question qui nous occupe, un travailleur voie sa responsabilité engagée sur pied de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978.

Si l'hypothèse d'un *dol* nous paraît peu probable, il semble en revanche que la commission d'une faute lourde par le chef de projet An 2000 puisse être plus fréquemment reconnue qu'on ne serait amené à le penser de prime abord.

On remarque en effet que la jurisprudence sanctionne sévèrement la faute (active ou passive) du professionnel : ainsi, le fait que le travailleur fautif soit investi de missions de direction est généralement considéré comme circonstance aggravante.

Dans ce cadre, la responsabilité d'un chef de projet « an 2000 » (voire d'autres membres de l'équipe qu'il dirige) risque d'être appréciée plus sévèrement par le juge du fait du degré de spécialisation et d'attention que la société est en droit d'attendre de la part de ces personnes, investies d'une mission très spécifique et de confiance.

A défaut de jurisprudence à ce propos, et eu égard au fait que le juge saisi d'un litige est souverain dans l'appréciation de la gravité de la faute commise par le travailleur, il est assez délicat d'évaluer la nature et la gravité des fautes qu'un responsable de projet pourrait être amené à commettre.

Sous réserve de ce qui précède, il nous semble cependant que les manquements suivants pourraient être retenus, si pas à titre de dol, du moins en tant que *faute lourde*, à l'égard de la personne qui s'est vue confier, au sein de l'entreprise, des responsabilités dans le cadre du passage à l'an 2000 :

- **Le fait de négliger les demandes de renseignement des clients ou de leur fournir sciemment des informations inexactes**

Comme on l'aura vu au cours d'exposés donnés dans le cadre du présent séminaire, l'obligation d'information qui pèse sur le fournisseur de solutions informatiques ou semblables est relativement lourde. La jurisprudence a tendance à sanctionner sévèrement le professionnel qui néglige d'avertir son client sur les risques qu'il court du fait d'un dysfonctionnement identifié d'une installation/application informatique.

L'on remarque, depuis un certain temps, que nombre d'entreprises consommatrices de solutions sensibles s'adressent spontanément à leurs fournisseurs en vue de s'enquérir de la compatibilité de leur installation ou des aménagements éventuellement requis. Il est par ailleurs de plus en plus courant que ces demandes de renseignements soient adressées par pli recommandé, spécialement à l'attention du « Chef de projet an 2000 ».

Nous semble pouvoir constituer une faute lourde dans le chef de ce dernier le fait de ne pas accorder l'attention que méritent de telles demandes de renseignements. Certes l'on ne pourrait vraisemblablement pas lui reprocher de ne pas répondre immédiatement et de manière précise, absolue, aux requêtes qui lui sont adressées. Il n'empêche que le client qui, proactivement, s'inquiète du bon fonctionnement d'un système sensible au sein de son entreprise mérite incontestablement que sa demande légitime soit suivie d'une action de la part du fournisseur.

Il est probable que le client négligé, subissant un dommage en raison du fait que son installation n'a pu être adaptée en temps voulu, invoque, avec succès, la responsabilité de son fournisseur. Celui-ci, en tant qu'employeur, pourrait être fondé à réclamer au responsable de projet an 2000 le remboursement des sommes au paiement desquelles il a été condamné s'il est établi que le dommage subi par le client lésé est exclusivement dû au manque de prise en considération de la demande d'aide ou de renseignements formulée en temps utile par le client.

Il en va *a fortiori* de même si le responsable de projet a sciemment fourni au client inquiet des informations inexactes sur la compatibilité d'un système. Encore faut-il bien entendu que l'employeur n'ait pas lui-même été à la base de la malhonnêteté du travailleur.

Rappelons ici qu'il serait hasardeux d'identifier de manière trop absolue les cas où la faute du responsable de projet engagerait sa responsabilité : en définitive, c'est au juge saisi de la question qu'il appartiendra de trancher sur base des circonstances de fait soumises à son appréciation.

L'abstention de s'enquérir de la comptabilité d'un système sensible

Il s'agit là de la situation inverse à celle examinée ci-dessus : un chef de projet an 2000 néglige de prendre en considération un système particulièrement sensible au sein de l'entreprise, tel par exemple un logiciel de comptabilité ou de gestion des commandes. Il néglige d'interroger le fournisseur du système sur la conformité de ce dernier à l'an 2000 et sur les éventuelles adaptations à effectuer.

Compte tenu du flux ininterrompu d'information qui parviennent aux responsables de tout bord, voire même au grand public, concernant les systèmes critiques, on conçoit mal que le responsable *normalement prudent* néglige de s'interroger sur le fonctionnement, au-delà du 1er janvier 2000, d'une application critique dont le dysfonctionnement est susceptible de mettre en péril la vie de l'entreprise.

A la lumière des circonstances précises qui lui sont exposées, un juge pourra retenir la responsabilité personnelle du travailleur et le condamner à réparer le dommage subi par son employeur.

Le défaut d'information correcte et régulière des dirigeants de l'entreprise

L'obligation, pour un responsable de projet, de rendre compte correctement et régulièrement de l'état d'avancement de ses travaux auprès des personnes investies du pouvoir de décision au sein de l'entreprise relève de l'évidence même.

Si un chef de projet a été nommé et investi de certaines fonctions spécifiques, c'est précisément pour servir d'interface privilégiée entre les dirigeants d'une part et les clients ou membres du personnel de la société d'autre part.

Dans cette mesure, pourrait selon nous constituer une faute légère habituelle le défaut persistant de tenir au courant les personnes investies du pouvoir de gestion de la société, empêchant par là que les éventuelles mesures qui s'imposent soient prises en temps utile.

Dans le chef du responsable « an 2000 » d'un fournisseur de solutions « fragiles », l'on pourrait encore citer, à titre d'exemple, le fait de ne pas tenir suffisamment compte, vu les circonstances, des attentes d'un client particulièrement sensible tel un hôpital. Ou encore le fait de fournir de manière irréfléchie des garanties trop absolues à un client, par exemple par la signature « aveugle » d'un contrat de conformité, etc.

L'énumération ci-dessus n'a bien entendu pas un caractère limitatif. Nombre d'autres manquements pourraient constituer un dol, une faute lourde ou encore une faute légère habituelle dans le chef d'une personne investie de responsabilités dans le cadre du projet An 2000 d'une entreprise.

Notons que, en tout état de cause, il est clair qu'un responsable de projet an 2000 n'est tenu, dans le cadre de l'exécution de sa mission spécifique, qu'à une obligation de moyens, comme n'importe quel autre travailleur de l'entreprise. Cet élément n'est pas à perdre de vue dans le cadre de l'évaluation du sérieux de la faute commise.

Ainsi, on ne pourrait reprocher au responsable de projet de ne pas avoir été en mesure de fournir à un client une solution adaptée au problème de non conformité. Pour peu qu'il ait mis en oeuvre les moyens qui étaient à sa disposition, il ne nous paraît pas probable qu'une faute puisse être retenue contre lui.

2 LE MANAGEMENT JURIDIQUE DU PROJET AN 2000

Si la problématique du passage à l'an 2000 soulève nombre de questions techniques, il est incontestable que certaines interrogations juridiques ne manquent pas de se profiler en filigrane.

Dans ce cadre, tant le fournisseur de produits / applications sensibles que le client qui les utilise ont un intérêt évident à s'entourer de l'expertise juridique qui leur permettra de mettre en place, concomitamment aux solutions techniques, les outils juridiques appropriés.

Nous nous permettons de renvoyer aux nombreux articles de doctrine et aux décisions de jurisprudence publiées en ce qui concerne l'étude approfondie des nombreux aspects juridiques de la question pour nous limiter ici à l'examen rapide de quelques solutions pratiques qui pourront aisément être mises en oeuvre au sein de toute entreprise.

2.1 L'OBLIGATION D'INFORMATION VS. LE DEVOIR DE S'INFORMER

Il est unanimement admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que l'utilisateur et le fournisseur d'une solution informatique ont un devoir d'information mutuel³⁶.

Cette obligation est déduite de l'article 1134 du Code civil qui pose le principe de l'exécution de bonne foi des conventions. En application de cette disposition, le devoir de conseil du fournisseur doit avoir pour objet l'exécution la plus satisfaisante possible du contrat.

Idéalement, le producteur de systèmes sensibles informera spontanément l'ensemble de sa clientèle sur les problèmes qui risquent de se poser et sur les actions à envisager.

Selon nous, il s'agit même d'une nécessité absolue à l'égard des clients susceptibles d'être frappés lourdement en cas de survenance d'une défaillance en janvier 2000. Il suffit à cet égard de penser à l'appareillage médical utilisé dans les hôpitaux ou encore aux applications informatiques utilisées dans les banques.

L'utilisateur quant à lui devra également veiller à s'inquiéter de la compatibilité de son système au passage à l'an 2000.

³⁶ Pour une étude approfondie de la question, et de celle des contrats informatiques en général, on consultera utilement J.-P. Buyle, « Aspects contractuels relatifs à l'informatisation », in Droit de l'informatique : enjeux, nouvelles responsabilités, Ed. du Jeune barreau de Bruxelles, 1993, pp.213 et ss.

Nombre d'entreprises utilisatrices d'applications sensibles ont à l'heure qu'il est parfaitement assimilé cette « obligation ». Les sociétés productrices d'infrastructures ou de programmes sensibles sont, depuis plusieurs mois, véritablement inondées de courriers les interrogeant sur le fonctionnement correct des installations fournies au-delà du 1er janvier prochain.

Il ne fait aucun doute que ces « questionnaires » techniques méritent une réponse, si possible sans équivoque de la part de leurs destinataires.

Il nous paraît difficilement concevable qu'une société néglige de répondre aux interrogations de ses clients, si elle est en mesure de le faire.

A nouveau, précisions qu'il ne s'agit pas pour le fournisseur de s'engager immédiatement quant à la (non) prise en charge des éventuels coûts d'une adaptation. Ceci pourrait faire l'objet de discussions plus poussées entre les parties. Une seule chose est sûre : s'il est en mesure de se prononcer sur ce point, le fournisseur est tenu de répondre à la question de la compatibilité d'un système lorsqu'elle lui est posée par un client.

On constate également, dans la pratique, qu'un autre type de formulaire a tendance à circuler. Il ne s'agit plus de questionnaires « techniques », mais bien de demandes de renseignements sur la *Business Continuity* de la société destinataire. Les questions qui y sont formulées touchent davantage au fonctionnement interne de l'entreprise, à la mise en place d'un « Comité an 2000 », voire à la constitution de provisions suffisantes. Il est souvent extrêmement délicat de répondre de manière détaillée à ces questionnaires, tantôt en raison du temps qu'il faudrait y consacrer, tantôt parce que les informations demandées touchent de très près aux secrets d'affaires.

A notre avis, il n'existe aucune obligation légale dans le chef d'une société de répondre à de telles demandes d'informations. Sans doute est-ce toutefois opportun commercialement. Dans cette optique, il peut être souhaitable pour l'entreprise de se préparer à de telles demandes en rédigeant un document-type qui mettra, dans les grandes lignes, le partenaire au courant de la manière dont la problématique du passage à l'an 2000 est globalement prise en considération au sein de la société.

2.2 LES CONTRATS

Lorsqu'une discussion, voire un litige - qu'il soit relatif ou non au passage à l'an 2000 - survient entre deux parties, c'est tout naturellement vers le contrat existant que se tournera l'analyste en vue de tenter de dégager une piste de solution.

Une fois dressé l'inventaire des applications / produits sensibles « en circulation » au sein de l'entreprise ou chez les clients de celle-ci, il conviendra donc pour le fournisseur ou le client, avant de s'adresser à son « adversaire » de se tourner vers les documents contractuels qui régissent leurs relations.

Par documents contractuels, on entend évidemment le contrat, dans sa forme la plus classique, mais également les conditions générales de vente – ou d'achat – imprimées au dos d'une facture ou d'un bon de commande, fréquemment utilisées à l'heure actuelle en lieu et place d'un document *pro forma*. Pour peu que ces documents répondent à certaines conditions légales, ils ont en effet valeur de contrat entre les partenaires commerciaux.

Dans ce cadre, les intérêts du fournisseur d'une solution sensible et ceux de l'utilisateur étant radicalement opposés, c'est séparément que nous examinerons ci-dessous les aspects auxquels ces deux « acteurs » devraient être particulièrement attentifs.

2.2.1 Le point de vue de l'utilisateur

En l'absence de toute disposition spécifique, dans le contrat existant, relativement au problème du passage à l'an 2000, l'utilisateur d'un système ou d'un produit sensible devrait tenter de convaincre son fournisseur de lui apporter des garanties expresses.

A quelque huit mois du moment fatidique, la discussion risque d'être plutôt animée... Nous pensons cependant que, pour peu que le système installé chez le client ne soit pas devenu obsolète, un fournisseur ne puisse refuser d'assurer à son client une transition harmonieuse du système livré, fût-ce moyennant adaptations.

Bien entendu, ceci ne préjuge nullement de la question de la charge des investissements que supposent les aménagements éventuellement requis pour que le fournisseur puisse procurer la garantie sollicitée. Nous ne nous penchons pas ici sur la délicate question de savoir à qui - du fournisseur ou de l'utilisateur - incombe la charge financière des éventuelles adaptations.

Une fois cette (délicate) question résolue, et les adaptations réalisées, le client fera bien de proposer à son partenaire de clôturer l'opération par la signature d'un écrit spécifique.

Cet écrit devrait tout d'abord contenir une description, aussi précise que possible, des systèmes fournis et des éventuelles adaptations réalisées. Il devrait ensuite préciser que, suite aux modifications apportées, les applications sont bel et bien en mesure de franchir le cap du millénaire.

Nombre de clauses de garantie peuvent être utilisées. L'on pourra par exemple se référer à la définition de la conformité An 2000 proposée par le BSI (téléchargeable à l'adresse <http://www.bsi.org.uk/disc/2000.html> ; voy. également en annexe).

Quels que soient les investissements que l'utilisateur ait dû réaliser pour obtenir une adaptation de son système, une telle garantie écrite le mettra à l'abri de toute mauvaise surprise si, malgré tout, la transition vers l'an 2000 ne se passe pas de manière aussi harmonieuse qu'escomptée (ou promise ...).

2.2.2 Le point de vue du fournisseur / producteur

Si l'utilisateur de solutions informatiques sensibles souhaite se voir offrir un maximum de garanties quant au bon fonctionnement de celles-ci, le fournisseur, quant à lui, tentera – légitimement pour peu que ce soit dans les limites du raisonnable – de limiter sa responsabilité en cas de défaillance du système.

Le fournisseur pourra tout d'abord – sans pour autant échapper à ses obligations fondamentales – limiter la garantie qu'il procure aux équipements qu'il a lui-même fabriqués / fournis. Cette limitation de l'étendue de la garantie présente une utilité incontestable compte tenu du haut degré d'interconnectivité de nombre d'applications informatiques modernes. Dans ce cadre, il paraît naturel que le fournisseur se prémunisse contre d'éventuelles défaillances de systèmes travaillant en interaction avec la solution qu'il fournit.

Le fournisseur peut également n'offrir de garantie au client que si celui-ci a veillé à (faire) effectuer sur son système l'*upgrade* la plus récente et s'il utilise l'application conformément aux instructions fournies.

A titre d'exemple, on pourrait utiliser la clause de limitation de garantie suivante :

« THE CONTRACTOR warrants that the items listed in appendix 1 will be able to accurately process date data from, into and between the twentieth and the twenty-first centuries, including leap year calculations provided that :

- (1) all products (including software products) not delivered by or licensed from THE CONTRACTOR and used with the items supplied, properly exchange date and data;*
- (2) the items supplied are used under normal conditions and in accordance with the Documentation, information and advice provided by THE CONTRACTOR; and*

(3) *if necessary, THE CLIENT has installed the latest Software update or Software corrections offered or supplied by THE CONTRACTOR and creating functional ability to handle conversion to the twenty-first century*

In no event shall THE CONTRACTOR be liable to THE CLIENT under this warranty for any inaccuracies, delays, interruptions or errors as a result of :

- (1) *receiving data from any non-contractor products, software or systems in a format that is inconsistent with the format and protocols established for the items supplied or;*
- (2) *any change, modification, update or enhancement made or attempted to be made to the software by parties other than by THE CONTRACTOR».*

Outre la limitation de l'étendue de la garantie, le fournisseur pourra tenter de convaincre le client d'accepter une limitation de responsabilité si malgré la mise en conformité du système, celui-ci devait présenter des défaillances.

Notons cependant que, nonobstant le principe de la liberté contractuelle des parties, notre droit encadre strictement ce type de clause. Ainsi, la clause limitative de responsabilité pourra être déclarée nulle si elle s'avère être un moyen pour le fournisseur d'échapper à sa responsabilité en cas de faute volontaire ou encore si elle a pour effet de vider le contrat de son utilité ou de sa substance.

Olivier Rijckaert <olivier.rijckaert@ebr.ericsson.se>

Licencié en droit (UCL, 1995)

Manager, Legal Affairs & Human Resources

Ericsson S.A.

