

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

L'aléa et le bug de l'an 2000

par
Hélène DE RODE

Doc. 99/8

*A paraître dans Le Dossier 1999 du Bulletin des
Assurances*

L'ALEA ET LE BUG DE L'AN 2000

Hélène de RODE
Maître de conférences invité à l'U.C.L
Avocat au barreau de Liège

INTRODUCTION

1. Messieurs Dupond et Dupont exploitent une petite entreprise. Leur courtier, monsieur Lampion, a placé leurs divers risques auprès de la Compagnie Mondass. Ils ont lu plusieurs articles relatifs au « Bug de l'an 2000 », mais ne se sentent pas concernés car le problème pèse manifestement sur les entreprises qui possèdent de vieux appareils et de vieux programmes, dans lesquels les dates ont été incluses avec seulement deux chiffres. Leur entreprise est équipée de programmes récents. En réalité, certains de leurs programmes, bien qu'ils l'ignorent, sont affectés du même défaut.

Que se passera-t-il si, après le 1^{er} janvier 2000, certains de leurs programmes cessent de fonctionner normalement, causant divers préjudices, à l'intérieur de leur entreprise ou à des tiers, clients et fournisseurs ? Leur assureur sera-t-il en droit de refuser sa garantie en invoquant l'absence d'aléa ?

C'est l'un des aspects des nombreuses controverses qui concernent la couverture, par l'assurance, des problèmes que l'on groupe sous le terme « Bug de l'an 2000 ». Nous allons tenter d'éclairer ces questions, en examinant d'abord ce que recouvre le principe du caractère aléatoire du contrat d'assurance en général (I), pour examiner ensuite le lien entre l'aléa et le Bug de l'an 2000 (II).

I. LE CARACTERE ALEATOIRE DU CONTRAT D'ASSURANCE

A. NOTION

2. L'article 1104 alinéa 2 du Code civil définit le contrat aléatoire comme celui dans lequel l'équivalence des engagements des parties consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune d'elles (par opposition au contrat commutatif, dans lequel l'engagement de chacune des parties de donner ou de faire une chose est considéré comme l'équivalent de la prestation de l'autre partie : art. 1104, al. 2 C.c.). L'article 1964 du Code civil précise la notion de contrat aléatoire en prévoyant que ses effets, quant aux avantages et aux pertes, dépendent d'un événement incertain. Il cite quatre contrats aléatoires, dont le contrat d'assurance.

La définition du contrat d'assurance contenu dans l'article 1^{er}, A de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre confirme l'article 1964 du Code civil : le contrat d'assurance repose sur un événement incertain, événement que l'assuré ou le bénéficiaire,

selon le cas, a intérêt à ne pas voir se réaliser. La nature de l'événement incertain est succinctement décrite, pour les assurances de dommages, par l'article 1.G. et par l'article 1.H. pour les assurances de personnes.

L'aléa¹, c'est l'incertitude qui affecte un événement possible. Le contrat d'assurance est aléatoire parce qu'il porte sur un événement soumis au hasard ; il en résulte qu'au moment de la conclusion du contrat, chacune des parties ignore si elle en tirera un bénéfice ou une perte, ainsi que l'importance de cet avantage ou de cette perte².

La doctrine s'accorde également pour souligner la distinction qu'il faut faire entre le contrat qui lie l'assureur et l'assuré, contrat qui est aléatoire, et l'entreprise d'assurance, dont le but est évidemment de supprimer autant que possible l'aléa par le groupement du plus grand nombre de risques en mutualité³.

B. L'OBJET DE L'INCERTITUDE

3. Si les textes légaux sont clairs et lient le caractère aléatoire du contrat d'assurance à l'existence d'un événement incertain, la pratique de l'assurance ne correspond pas à la stricte définition légale. Le cas le plus évident est celui de certaines assurances vie, mais diverses autres hypothèses constituent également des exceptions à la définition légale.

Il existe donc des assurances dans lesquelles l'incertitude porte, non pas sur la réalisation d'un événement incertain, mais sur la date de l'événement, ses conséquences ou l'existence d'un événement déjà réalisé.

1. La date de l'événement

4. Dans les assurances en cas de vie, il y a bien un événement incertain qui fait l'objet de l'assurance, c'est la survie de l'assuré à un âge ou à une date donnée. En revanche, dans les assurances décès portant sur la vie entière, ou dans les assurances mixtes, l'événement assuré est certain : l'incertitude ne porte que sur sa date⁴.

Certains auteurs soutiennent que le principe du caractère aléatoire du contrat d'assurance doit toujours reposer sur l'incertitude de l'événement assuré, tout en reconnaissant que l'application de la règle donne lieu à controverses pour certaines assurances

¹ Du latin « alea », coups de dés.

² M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Précis, Larcier, 2^e éd., 1996, n° 154, p. 103 ; n° 203, p. 127 ; A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, Paris, L.G.D.C., 1998, n° 1-156, p. 75 ; V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, L.G.D.C., 1996, n° 75, p. 45.

³ PICARD et BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, Paris, L.G.D.C., 5^e éd., 1982, p. 1, n° 1 ; MONETTE, DE VILLE et ANDRE, *Traité des assurances terrestres*, Bruxelles, Bruylant, 1955, T. II, pp. 6-7 (ces auteurs estiment que même sur le plan des résultats généraux de l'entreprise d'assurance, « la suppression de l'aléa est un idéal auquel l'entreprise tend mais qu'elle ne réalise jamais »).

⁴ Cf. les classifications des produits en assurance vie proposées par M. FONTAINE, *op cit.*, n° 968 et ss., pp. 489 et ss. ; Y. LAMBERT – FAIVRE, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 1995, n° 890 et ss., pp. 724 et ss.

vie⁵. De façon générale, cependant, doctrine et praticiens s'accordent pour reconnaître que le caractère aléatoire du contrat implique une incertitude mais que celle-ci peut concerner, outre la réalisation de l'événement, la date de celle-ci⁶.

2. Les conséquences de l'événement

5. Si le fait générateur s'est déjà produit mais que ses conséquences sont encore inconnues, une incertitude demeure : elle porte sur l'existence ou l'importance du dommage. Cette incertitude implique un aléa assurable⁷.

3. L'existence de l'événement (le risque putatif)

6. L'assurance d'un risque putatif, c'est-à-dire d'un risque déjà réalisé sans que les parties au contrat le sachent, existe depuis longtemps en assurance maritime (où elle porte, dans certains pays, le joli nom d'assurance des « bonnes et mauvaises nouvelles »). En Belgique, la loi du 21 août 1879 sur l'assurance maritime l'autorise (art. 219 et 220).

En revanche, en matière d'assurance terrestre, la couverture de risques déjà réalisés, qui n'existent pas ou qui ne naîtront pas, est nulle en droit belge (art. 24, al. 1 et 2 de la loi du 25 juin 1992). La couverture du risque putatif n'est donc pas autorisée en Belgique. En matière d'assurance de responsabilité, l'article 78 § 1^{er} précise d'ailleurs que la garantie porte sur les dommages survenus pendant la durée du contrat : même si l'événement dommageable est antérieur, le sinistre n'est pas accompli avant l'entrée en vigueur du contrat si le dommage est postérieur à cette entrée en vigueur.

Plusieurs autres pays, tels le Royaume-Uni, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne et la France reconnaissent la validité de l'assurance du risque putatif⁸.

B. LE TEMPS DE L'INCERTITUDE

⁵ A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *op cit.*, n° 1-156, p. 75. Selon V. NICOLAS, il faut considérer que le principe du contrat aléatoire est que l'aléa est lié à un événement incertain, le cas de certaines assurances vie et de la rente viagère constituant deux exceptions au principe (*op cit.*, n° 64 à 71, pp. 41 à 43, n° 204, p. 96). C'est une solution élégante mais qui ne résoud pas tous les problèmes liés au principe légal.

⁶ 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 professionnelle », 9^e Colloque juridique international du C.E.A., *R.G.A.T.*, 1981, p. 246 : ce rapport est une synthèse des réponses fournies par les spécialistes de neuf pays européens ; M. FONTAINE, *op cit.*, n° 971, p. 491 ; en France, cf. Y. LAMBERT – FAIVRE, *op cit.*, n° 491 et ss., pp. 724 et ss. ; V. NICOLAS, *op cit.*, n° 730, p. 314.

⁷ CARTON de TOURNAI et VAN DER MEERSCH, *Les assurances terrestres, contrat en général*, n° 265 et ss., p. 43 (au sujet des assurances de responsabilité) ; A. MEEUS, *op cit.*, p. 245 ; Y. LAMBERT – FAIVRE, *op cit.*, n° 211, p. 183 ; en droit hollandais, cf. J.C. KUIPER, « Onzeker voorval en onvoorziene omstandigheden in het verzekeringsrecht, *Verzekeringsarchief*, 1996, pp. 135 – 136.

⁸ A. MEEUS, *op cit.*, pp. 248 – 249 ; en ce qui concerne la France, cf. Cass. fr., 2 juillet 1991, *R.G.A.T.*, 1991, p. 903 et note J. KULLMANN ; V. NICOLAS, *op cit.*, n° 171, p. 80. L'auteur précise que si, lors de la conclusion de la police, le sinistre était déjà connu par l'assuré, qui a trompé l'assureur, le contrat est nul.

7. L'incertitude doit exister au moment de la formation du contrat ; lors de la conclusion du contrat d'assurance, il faut que chacune des parties ne puisse apprécier avec certitude le gain ou la perte qu'elle en tirera à l'issue du contrat⁹.

8. L'incertitude doit-elle demeurer dans le cours du contrat ? La question est nettement moins claire.

C'est essentiellement en ce qui concerne l'exclusion des sinistres intentionnels que l'on trouve des réflexions doctrinales sur ce sujet.

Certains auteurs se contentent d'exposer le contenu et la portée des règles légales excluant la couverture des sinistres intentionnels sans en commenter la cause, si ce n'est par une référence à l'ordre public¹⁰ ; d'autres précisent que le sinistre intentionnel détruit l'aléa¹¹. Le professeur M. Fontaine, qui s'attache plus longuement à ce problème, estime quant à lui que c'est seulement à la conclusion du contrat qu'il faut apprécier le caractère aléatoire de l'événement assuré, le risque de sinistres délibérés pouvant être évalué lors de la conclusion du contrat en fonction de statistiques criminelles. Dès lors, l'exclusion des sinistres volontaires aurait pour seul fondement l'ordre public et non la disparition de l'aléa, le contrat ne pouvant « *inclure dans la garantie des faits socialement condamnables, constituant souvent des infractions pénales* »¹². Quant au professeur J. Ernault, il justifie l'exclusion du sinistre intentionnel par deux motifs : la disparition de l'aléa, élément essentiel du contrat, ainsi que l'aspect immoral de la couverture d'un dommage volontaire¹³.

Lors du 9^e colloque juridique international du Comité européen de l'assurance, les enquêtes réalisées dans les neuf pays participants ont démontré que l'exclusion du sinistre intentionnel est générale et que ce risque est considéré dans tous ces pays comme inassurable, l'aléa disparaissant si le dommage dépend exclusivement de la volonté de l'assuré¹⁴. Face à ce principe, la couverture du suicide, autorisée et parfois imposée légalement (c'est le cas en France et en Belgique) pose problème. Selon R. Brehm, la question de la couverture du suicide est « *un corps étranger, avec lequel il faut bien vivre* »¹⁵. On peut justifier la solution de la couverture du suicide, selon lui, par le fait que le suicide, combattu par l'instinct de conservation, reste un phénomène exceptionnel (rare en tout cas).

⁹ Cass. fr., 8 juillet 1994, *R.G.A.T.*, 1994, pp. 1089 et ss., note J. KULLMANN ; A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *op cit.*, n° 1 – 156, p. 176 ; Y. LAMBERT – FAIVRE, *op cit.*, n° 211, p. 183 ; M. FONTAINE, *op cit.*, note 193, p. 176.

¹⁰ PICARD et BESSON, *op cit.*, n° 67 à 40, pp. 110 à 115 (les auteurs soulignent qu'il s'agit de faits inassurables).

¹¹ J.-L. FAGNART, *Droit privé des assurances terrestres*, in *Traité pratique de droit commercial*, Story – Scientia, 1998, n° 114, p. 84 ; Ph. COLLE, *Algemene beginselen van het belgisch verzekeringsrecht*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 62, n° 83 ; en France, A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *op cit.*, n° 1-159, p. 77 (selon ces auteurs, il y a absence d'assurance en cas de sinistre intentionnel), Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit la responsabilité : responsabilité civile et pénale, responsabilités civiles délictuelle et quasi délictuelle, défaillances contractuelles et professionnelles, régimes spéciaux d'indemnisation*, Paris, Dalloz, 1996, p. 438, n° 1612 ; cf. é.g. Cass. fr., 15 janvier 1985, *Bull. civ.*, I, n° 20.

¹² *Op cit.*, note 193, p. 176.

¹³ *Droit de l'assurance vie*, Bruxelles, Bruylant, 1987, n° 126, p. 132.

¹⁴ A. MEEUS, *op cit.*, pp. 252 et ss. ; R. BREHM, « Rapport final » du colloque, *R.G.A.T.*, 1981, p. 279.

¹⁵ *Op cit.*, p. 277.

Par ailleurs, les analyses faites au cours de ce colloque ont nettement distingué l'hypothèse du sinistre intentionnel – qui fait dépendre la réalisation du risque assuré de la volonté exclusive de l'assuré – et les diverses fautes – de négligence, voire même les fautes lourdes ou grossières – qui diminuent le caractère aléatoire du risque mais ne le font pas disparaître : ces fautes sont assurables, elles n'entraînent pas la disparition du risque. Elles posent la question de l'adéquation de la prime et sont combattues par diverses clauses d'exclusion et divers mécanismes de sanctions¹⁶.

9. On peut, nous semble-t-il, tirer de ces observations les conclusions suivantes :

1. l'existence d'une incertitude à la conclusion du contrat d'assurance est de l'essence de celui-ci ;
2. le degré de l'incertitude est évalué à la conclusion du contrat (le problème de l'exactitude de la déclaration est étranger à la question de l'aléa) ; la variation du degré de l'incertitude, dans le cours du contrat, n'influence pas sa validité, même si cette variation est influencée par le comportement de l'assuré ;
3. le sinistre volontaire est inassurable parce qu'il supprime l'incertitude, reposant sur la volonté exclusive de l'assuré. Il ne fait pas que modifier l'étendue du risque¹⁷.

Le cas du suicide est, parmi les sinistres volontaires, exceptionnel à deux titres : il ne permet pas à l'assuré de tirer bénéfice de l'assurance (à l'évidence), et d'autre part il est combattu par diverses forces, dont l'instinct de conservation. Sa relative rareté permet de l'assurer.

Tel n'est pas le cas des autres sinistres volontaires : leur couverture provoquerait un risque de 1/1 ou à peu près, autrement dit un risque inassurable. Si les statistiques criminelles existent, elles ne permettent d'évaluer (de façon approximative) que ce que représentent les sinistres volontaires lorsqu'ils sont exclus de l'assurance, non ce qu'ils représenteraient s'ils étaient couverts.

¹⁶ A. MEEUS, *op cit.*, n° 20, p. 255, n° 38, p. 272.

¹⁷ Le rapport suédois au 9^{ème} colloque juridique international du C.E.A. précisait que « l'assurance devra être destinée à des événements qui sont incertains pour un individu mais qui peuvent être calculés avec une certaine certitude pour un groupe de personnes », observation confirmée par le rapporteur général (A. MEEUS, *op. cit.*, p. 251).

II. L'ALEA ET LE BUG DE L'AN 2000

10. Après avoir examiné le contenu de la notion d'aléa et de contrat aléatoire, de façon générale, nous allons à présent envisager l'incidence de ces notions sur la couverture, par l'assurance, des risques liés au bug de l'an 2000.

La question a été soulevée dans une brochure de l'UPEA de 1998, intitulée « Changement de siècle et assurances. L'analyse de l'UPEA ». L'on y lit notamment ce qui suit :

« L'an 2000 constitue un fait prévisible (depuis longtemps) et ne peut être assimilé en aucun cas à un événement incertain... »

Partant du principe de base selon lequel les événements certains ne peuvent faire l'objet d'un contrat d'assurance, le défaut de toute adaptation électronique pourrait conduire au non règlement des sinistres qui en résulteraient. Par contre, si toutes les mesures nécessaires ont été prises, les compagnies appliqueront en fonction de leurs conditions propres, au cas par cas, la couverture (ou non) du sinistre » (pp. 5 et 6).

C'est ce risque limité, qui seul pourrait (éventuellement) être couvert, que l'UPEA appelle le « risque résiduel ».

Nous examinerons le bien fondé de ces positions en examinant séparément l'aléa à la conclusion du contrat (A) et l'aléa en cours de contrat (B).

A. L'ALEA A LA CONCLUSION DU CONTRAT

1. L'opinion exprimée par les assureurs

11. Nous l'avons vu, le contrat d'assurance repose sur une incertitude qui peut porter sur la réalisation de l'événement assuré, sa date ou ses conséquences, la couverture du risque putatif n'étant pas acceptée en droit belge pour ce qui concerne les assurances terrestres.

Il s'agit donc d'apprécier ici l'incidence du risque lié au bug de l'an 2000 sur le caractère aléatoire des contrats conclus avant cette échéance.

Une première remarque s'impose, concernant la formule lapidaire reprise dans la brochure de l'UPEA, selon laquelle l'an 2000 n'est pas un événement incertain. L'ambiguïté de cette formule est manifestement le résultat de la concision de cette plaquette. L'an 2000

n'est évidemment pas un événement incertain, l'an 2002 ne l'est pas davantage ! Le problème, c'est la conséquence des dysfonctionnements possibles des systèmes électroniques, lors du passage à l'an 2000 mais également à d'autres dates (antérieures et postérieures¹⁸) sur le caractère aléatoire des risques assurés.

Cette mise au point étant faite, il faut constater que le point de vue exprimé par l'UPEA n'est pas isolé ; la brochure précise que la position exprimée reflète celle du Comité européen de l'assurance¹⁹. Le point de vue des assureurs américains va dans le même sens : selon eux, la prévisibilité des dommages liés au passage de l'an 2000, compte tenu de la large publicité qui a été faite au problème, supprime son caractère fortuit, fondement essentiel du contrat d'assurance²⁰. Les assureurs britanniques expriment la même position. Ils invoquent que l'incertitude, portant sur la date ou la réalisation de l'événement assuré, est un élément essentiel du contrat d'assurance : « *for insureds who ignore their Y2K problem, insurers may have a strong argument that the loss is inevitable* »²¹.

On le voit, ces positions ne distinguent pas clairement le problème de l'inévitabilité du risque assuré lors de la conclusion et en cours de contrat. Nous allons tenter de sérier les questions, en nous attachant, dans un premier temps, au risque assuré lors de la conclusion du contrat.

2. Le risque déjà réalisé à la conclusion du contrat

12. La question n'est pas théorique, car certains sinistres se sont déjà réalisés. C. Turner et E. Smerdon font état d'un litige opposant, aux Etats-Unis, le propriétaire d'une chaîne de magasins et son fournisseur de caisses électroniques, parce que les appareils ne fonctionnent pas normalement lorsqu'on y introduit des cartes de crédit dont la date d'expiration dépasse le 31 décembre 1999. Ces auteurs citent également le problème rencontré, il y a quelques années, par des supermarchés au sujet de leur stock de corned-beef, produit dont la durée de conservation est très longue : le système de contrôle électronique des stocks avait décrété que les boîtes de corned-beef dont la date ultime de consommation était postérieure à l'an 2000, dataient du début du siècle et devaient être éliminées, ayant plus de 90 ans²².

Lorsque le risque assuré est déjà réalisé (fait générateur et dommage) lors de la conclusion du contrat, l'assurance est nulle (art. 24) ; si l'assurance couvre divers risques dont l'un s'est réalisé, la validité du contrat n'est pas affectée mais la garantie ne comprend pas ce sinistre.

¹⁸ Les nombreuses publications relatives à ce problème font état, entre autres, de dérèglements d'appareils électroniques à partir de la date du 1^{er} septembre 1999, ou, après le passage à l'an 2000, après le 29 février 2000, certains programmes ne concevant pas que l'année 2000 est une année bissextile. Ce ne sont que quelques exemples.

¹⁹ *Op cit.*, p. 6.

²⁰ A. FURMAN, « Coverage for the millenium bug : questions of fortuity », *Internat. Law Review*, 1998, n° 2, pp. 46 à 49.

²¹ C. TURNER et E. SMERDON, « The insurance industry's response to year 2000 claims », *Internat. Law Review*, 1997, n° 11, p. 347.

²² *Op cit.*, p. 346.

Le fait que les parties ignorent que le sinistre est déjà réalisé ne modifie pas la situation : l'assurance du risque putatif n'est pas autorisée en Belgique (cf. supra, n° 6).

3. Le risque non réalisé à la conclusion du contrat

13. Cette question est beaucoup plus délicate, car elle implique que l'on détermine ce qui était certain lors de la conclusion du contrat et ce qui ne l'était pas.

En ce qui concerne l'existence d'un aléa, la connaissance ou l'ignorance par l'assuré de la certitude du sinistre (non réalisé) importe-t-elle ? Oui : c'est en fonction de leur connaissance du risque (correctement déclaré) lors de la formation du contrat que les parties apprécient leurs chances de gain ou de perte. L'article 7, § 4 de la loi du 25 juin 1992 le confirme implicitement, en prévoyant que la découverte de circonstances inconnues des parties lors de la conclusion du contrat doit entraîner l'application des régimes de l'aggravation ou de la diminution du risque.

14. A ce stade se pose également le problème de la déclaration du risque, question distincte de celle de l'existence d'un aléa. La question du respect de cette obligation par le preneur d'assurance est susceptible de causer bien des discussions, dont le sort dépendra de différents facteurs : l'époque à laquelle la déclaration a été faite (le preneur devait-il considérer, à ce moment, que la description particulière de ses appareils électroniques était importante pour l'appréciation du risque ?), l'existence d'un questionnaire prévu par l'assureur, la connaissance que l'assureur devait raisonnablement avoir, ou avait, des ²³particularités du risque²⁴. Si le risque a été correctement déclaré, l'absence d'aléa ne peut être invoquée qu'à condition que le sinistre ait été certain lors de la conclusion du contrat. Ce qui amène à conclure que peu de litiges devraient concerner cette hypothèse. En effet, elle implique que le risque connu lors de la conclusion du contrat ait démontré la certitude de la réalisation d'un dommage (aux biens de l'assuré ou à des tiers, selon les types d'assurance). Or on peut supposer que, dans un tel cas, l'assureur aura pris la précaution de préciser, dans les conditions particulières de la police, que les conséquences liées aux dysfonctionnements certains de tels appareils ne seront pas comprises dans la garantie.

Diverses formes d'avertissements et d'informations ont été diffusés, en ce qui concerne le bug de l'an 2000, vers le public en général et vers certains publics ciblés en particulier. La diffusion de ces informations ne devrait pas influencer l'appréciation de l'existence d'un aléa au stade de la conclusion du contrat d'assurance. La raison essentielle en est que ces informations ont mis en évidence certains dangers, en soulignant seulement les

²³ Cf. J. KULLMANN, note sous Cass. fr., 17 décembre 1991, *R.G.A.T.*, 1992, n° 2, p. 367. L'auteur démontre que c'est dans l'esprit des parties que l'aléa doit être apprécié ; seule l'ignorance des conséquences d'un fait peut être compatible avec le maintien de l'aléa (rappelons que l'assurance du risque putatif est admise en France).

²⁴ Sur les mécanismes de la déclaration du risque, cf. M. FONTAINE, *op cit.*, n° 210 et ss., pp. 131 et ss., H. de RODE, « La déclaration du risque et de ses modifications », in *Les assurances de responsabilité*, Jeune Barreau de Bruxelles, colloque du 27 mai 1999.

types de problèmes susceptibles de survenir et les genres d'appareils concernés ; à notre connaissance, elles n'ont pas démontré la certitude d'un sinistre concernant des appareils déterminés. Pour qu'il y ait disparition de l'aléa lors de la conclusion du contrat, il ne suffit pas qu'un risque particulièrement intense existe : il faut que la réalisation de ce sinistre futur soit certaine.

Les discussions risquent de porter, en définitive, bien davantage sur le problème d'une déclaration correcte du risque que sur l'existence d'un aléa à la conclusion du contrat.

B. L'ALEA EN COURS DE CONTRAT

1. Le sinistre intentionnel

15. L'admission de sinistres intentionnels fausserait l'appréciation initiale du risque par l'assureur et supprimerait le caractère aléatoire du contrat (cf. supra n°8 et 9).

Le bug de l'an 2000 pourrait entraîner divers types de fraude. On pourrait par exemple craindre que certains assurés n'endommagent volontairement leurs appareils électroniques obsolètes ou fonctionnant mal dans le but de faire couvrir par leur assurance, totalement ou partiellement, le remplacement de ces appareils ou programmes, en soutenant que la panne de ces appareils résulte d'un dysfonctionnement lié au passage à l'an 2000. Il s'agirait là bien entendu de sinistres intentionnels, qui ne pourraient être couverts à l'égard de leur auteur (art. 8 de la loi du 25 juin 1992). Mais ce type de sinistre intentionnel n'aurait comme lien avec le bug que celui du prétexte.

Peuvent également être craints des sinistres volontaires (par exemple des incendies) ayant pour cause de graves difficultés financières rencontrées par certaines entreprises, à la suite de dysfonctionnements de ces appareils électroniques liés au passage de l'an 2000. Dans ce cas également, le sinistre volontaire faisant disparaître l'aléa, il ne pourrait être couvert. En soi, ce type de sinistre intentionnel n'est pas spécifique du Y2K.

On peut également envisager que le caractère intentionnel du sinistre soit invoqué par l'assureur d'un fournisseur de logiciels, s'il s'avère que ce fournisseur a vendu des programmes « incompatibles » (ou « non conformes » avec le passage à l'an 2000) à un moment où le problème était parfaitement connu (du grand public ou en tout cas des spécialistes ; la date de connaissance du problème fera certainement l'objet de discussions mais elle ne sera vraisemblablement pas fixée au même moment pour le grand public, les sociétés ciblées par l'information officielle, et pour les spécialistes de l'informatique). De tels fournisseurs pourraient être soupçonnés d'avoir agi de façon délibérée, non pas dans le but de provoquer des désordres chez leurs clients, mais plutôt dans celui d'amener le client à acheter une version ultérieure du logiciel, celle-là compatible.

16. Pourrait-on également envisager que le caractère intentionnel de sinistres soit invoqué, dans des hypothèses où l'assuré aurait dû savoir (ou savait) que, sans mesures de prévention, ces sinistres étaient inéluctables ? En principe, tel ne devrait pas être le cas : l'assureur pourrait invoquer éventuellement les clauses de faute lourde inscrites de façon précise dans son contrat, ou la violation d'obligations contractuelles de prévention. Peut-être dans certains

cas, en fonction de circonstances particulières, l'assureur pourrait-il invoquer qu'il y a eu un acte volontaire de l'assuré. Le sinistre intentionnel implique la volonté de causer le dommage²⁵ ; cependant, la jurisprudence belge admet également qu'est un sinistre intentionnel l'acte commis volontairement, avec la conscience de provoquer le dommage²⁶.

2. Le sinistre non intentionnel

17. Rappelons la position des assureurs, exprimée en ces termes, en ce qui concerne les assureurs américains, par A.-M. Furman²⁷ : « *In view of the foreseeability inherent in the year 2000, and the theoretical ability to identify and root out the problem and its consequences before they occur, they may hardly be any thing accidental or fortuitus about year 2000 losses* ». L'auteur poursuit en observant que la thèse de l'absence d'aléa devrait être écartée face à un assuré qui a pris les mesures raisonnables pour essayer de prévenir les conséquences du bug.

18. Nous espérons avoir démontré que le caractère aléatoire du contrat est déterminé à la conclusion de ce dernier (cf. supra n° 8 et 9). C'est la thèse de divers auteurs, dont M. Fontaine, notre opinion ne divergeant de la sienne que quant à la justification de l'exclusion du sinistre volontaire. C'est également ce qui ressort des conclusions du 9^e colloque juridique international du C.E.A.

Le caractère aléatoire du contrat d'assurance impose l'exclusion initiale du sinistre intentionnel, car celui-ci déjouerait d'emblée les prévisions de l'assureur. Les simples variations ultérieures de l'intensité du risque sont étrangères à l'existence – essentielle – d'un aléa, à moins qu'elle n'amènent à reconnaître que le risque est devenu purement potestatif, c'est-à-dire dépendant uniquement de la volonté de l'assuré.

Le caractère purement potestatif du risque dans le chef de l'assuré n'est pas aisément admis, semble-t-il. Une comparaison peut être faite avec l'affaire du sang contaminé, en France. Les assureurs de la Fondation nationale de la transfusion sanguine (F.N.T.S.) ont invoqué la nullité du contrat souscrit, couvrant la responsabilité de l'assurée à l'égard des receveurs des produits sanguins, parce que l'aggravation du risque découlant de la certitude de la contamination résultant de l'usage de lots de sang non chauffés, acquise en mars 1985, d'une part, d'autre part de la décision de vendre néanmoins ces stocks, prise en mai 1985, n'avait pas été communiquée à la compagnie apéritrice : le silence de l'assuré pendant plusieurs années établissait sa mauvaise foi²⁸. L'argument invoqué était l'aggravation du risque, non sa disparition²⁹. En l'espèce cependant, la certitude de dommages causés aux receveurs paraissait sérieusement acquise. Cette certitude était en tout cas nettement plus

²⁵ Civ. Bruges, 8 juin 1989, *R.W.*, 1990-1991, Col. 1067.

²⁶ Cf. par exemple Liège, 10 février 1992, *Bull. ass.*, 1992, p. 749 et note M. LAMBERT. Sur l'évolution de la jurisprudence belge et française, cf. les réf. citées par H. de RODE, « Les assurances de responsabilité », Livre 70, in *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Diegem, Kluwer, 1999, notes 231 à 237.

²⁷ *Op cit.*, p. 47.

²⁸ Cass. fr., 18 mars 1997, *R.G.D.A.*, 1997, p. 726 et note A. FAVRE ROCHEX. L'action des assureurs a en l'espèce été rejetée parce que la compagnie apéritrice avait couvert la nullité en continuant à percevoir les mêmes primes et en dirigeant les procès dirigés contre l'assurée, après avoir été complètement informée.

²⁹ Commentant l'arrêt de la Cour de cassation française, A. Favre Rochex estimait cependant que la décision prise par la F.N.T.S. en mai 1985 modifiait à ce point l'objet du risque qu'elle supprimait l'incertitude de sa réalisation (*loc. cit.* à la note précédente).

importante que celle de dommages qui pourraient être provoqués par des dysfonctionnement d'appareils électroniques.

La conclusion que l'on peut tirer est que la notion de « risque résiduel », proposée par les assureurs, est un concept nouveau qui n'a pas de portée précise et impérative, en ce qui concerne les principes généraux du droit des assurances. Aucun texte de la loi sur le contrat d'assurance terrestre ne permet de limiter la couverture à ce « risque résiduel ». Ceci ne veut pas dire que cette notion nouvelle pourrait dans tous les cas être dénuée d'effet ; des aménagements conventionnels de la garantie, par exemple à l'occasion d'une résiliation et d'une renégociation du contrat, pourraient inscrire cette diminution de la garantie dans le champ contractuel.

CONCLUSION

19. Le problème du bug de l'an 2000 est exceptionnel, sans précédent tant pour les parties concernées que pour les praticiens de l'assurance et les commentateurs de cette matière. On peut craindre que ce problème ne débouche sur de très nombreux litiges, dont le nombre et les conséquences sont impossibles à prévoir. Ce rapport ne pouvait avoir pour ambition, face à tant d'inconnues, que de sérier les problèmes et de tenter d'apporter un certain nombre de réponses à des questions théoriques, que le proche avenir va concrétiser.

Pour notre part nous avons tenté, dans un premier temps, de définir en quoi consiste le caractère aléatoire du contrat d'assurance ; en droit belge, l'incertitude (propre au contrat d'assurance, aléatoire) doit porter essentiellement sur la réalisation de l'événement assuré ; elle peut porter aussi sur sa date, mais le risque putatif est exclu. En cours de contrat, seul le sinistre intentionnel est exclu de l'assurance pour absence d'aléa parce qu'il déjoue l'appréciation initiale du risque, le risque ne pouvant être incertain s'il dépend de la seule volonté de l'assuré. Le suicide fait l'objet d'un traitement particulier, peu conciliable avec le principe général, si ce n'est en raison de son caractère exceptionnel ou en tout cas rare.

20. Ces observations nous ont permis d'examiner les thèses défendues par les assureurs quant à l'absence de caractère aléatoire du risque lié à l'an 2000.

Nous avons observé qu'il fallait fondamentalement distinguer les risques certains lors de la conclusion du contrat et ceux dont le caractère incertain disparaît ou diminue en cours de contrats. Pour les premiers, l'absence de couverture s'impose : ils ne sont plus aléatoires si la certitude du sinistre est connue par les parties. Pour les seconds, force est de distinguer entre les sinistres intentionnels et ceux qui ne le sont pas. Les sinistres intentionnels seront exclus, en ce qui concerne leurs auteurs, conformément à l'article 8 de la loi de 1992, d'ordre public.

La situation serait bien différente en cas d'aggravation de l'intensité du risque en cours de contrat, résultant du fait que l'assuré, averti du danger théorique, n'a pas poursuivi ses investigations ou n'a pas pris de mesures raisonnables de prévention. Dans ces cas, la couverture ne devrait pas dépendre de l'inexistence de l'aléa, qui était présent lors de la conclusion du contrat, mais dont l'intensité s'est modifiée en cours des contrats, sans que cela ne dépende de la volonté exclusive de l'assuré.

En définitive, la plupart des problèmes soulevés par les assureurs concernant l'absence de caractère aléatoire du contrat ne s'avèrent pas totalement justifiés. Il apparaît en revanche que des discussions approfondies auront sans doute lieu en ce qui concerne la déclaration initiale du risque et celle de son aggravation, ainsi que sur le respect d'autres obligations contractuelles éventuelles (exécution de bonne foi du contrat, obligations particulières de prévention). Ces questions sont traitées dans d'autres rapports.

On ne peut qu'espérer que les craintes qui s'expriment à l'heure actuelle s'avèrent excessives et que le problème du passage à l'an 2000 ne soit en fin de compte, selon l'expression savoureuse d'auteurs anglais, que « *a storm in a teacup for the insurance industry* »³⁰ !

³⁰ C. TURNER and E. SMERDON, *op cit.*, p. 346.