

# Bug de l'An 2000 : quelles responsabilités pour les banques ?



**Frédérique Dupuis-Toubol**  
Avocat associée  
Jeantet & Associés



**Sandrine Rambaud**  
Juriste  
Jeantet & Associés

**D**ans les scénarios catastrophes que certains prédisent à l'occasion du passage à l'An 2000, les banques ne sont bien évidemment pas épargnées. Même ceux qui ne sont pas atteints par la psychose de l'An 2000 envisagent toute une série de dysfonctionnements, générés tant par des causes internes (dysfonctionnement de programmes informatiques gérant des dates, perte de données ou données devenant inexploitable...), que par des causes externes ou liées à l'interopérabilité du système bancaire aux niveaux national, européen et mondial (on pense par exemple aux multiples systèmes de compensation ou d'échanges interbancaires mis en place, tels que les systèmes Swift, RCB, CIBLE, CRI...) (1). Au-delà des pannes informatiques, il est possible d'imaginer des dysfonctionnements liés aux systèmes électroniques utilisés par les banques, par exemple dans le domaine de la sécurité (contrôle des accès aux agences ou aux salles de coffres...) ou encore des difficultés résultant de l'incapacité de certains clients des banques à passer l'An 2000, mettant en cause la survie même des entreprises et fragilisant de ce fait leurs partenaires financiers. Ainsi, la mise en cause de la responsabilité des banques par leurs clients, partenaires, actionnaires et de manière générale des tiers qui subiraient un dommage consécutif à l'incapacité d'une banque d'assurer convenablement la continuité de ses activités lors du passage à l'An 2000, est loin d'être théorique.

Pourtant jusqu'à présent, la plupart des études juridiques sur la question du passage à l'An 2000 se sont focalisées sur les questions relatives à la mise en cause de la responsabilité des fournisseurs informatiques. Si les banques peuvent envisager d'engager la responsabilité des différents intervenants mis en jeu dans le cadre du passage à l'An 2000 (fournisseurs informatiques, prestataires de maintenance, commissaires aux comptes...), l'objet de cette étude n'est pas d'aborder les fondements de ces actions (2). Notre objectif est en effet d'examiner sur quels fondements et dans quelles circonstances la responsabilité des banques pourrait être mise en cause au regard du droit français, et comment elles pourraient dans de telles circonstances limiter leur responsabilité.

A cet égard, il apparaît que dès lors qu'il n'existe pas de texte spécifique fondant la responsabilité des banques ou d'autres acteurs économiques au regard du passage à l'An 2000, c'est bien évidemment sur le fondement du droit commun de la responsabilité contractuelle et délictuelle qu'une action pourrait être intentée contre les banques (I) et c'est également au regard du seul droit commun de la responsabilité que les banques pourront essayer de trouver les moyens de limiter leur responsabilité (II).

## I Une responsabilité engagée conformément au droit commun

En l'absence de régime spécifique de mise en œuvre de la responsabilité des banques au regard du passage à l'An 2000, le droit commun de la responsabilité, que l'on se trouve dans une situation de mise en œuvre de la responsabilité sur un fondement contractuel ou sur un fondement délictuel, devrait systématiquement conduire à se poser les mêmes questions, à savoir : La banque a-t-elle commis une faute justifiant la mise en jeu de sa responsabilité ou sa responsabilité peut-elle être engagée sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'elle ait commis une faute (A) ? Est-ce qu'un dommage a été causé et existe-t-il un lien de causalité entre ce dommage et la faute ou cause de responsabilité objective de la banque (B) ?

Il nous faut donc tenter d'analyser successivement ces questions, sachant que certains fondements de la responsabilité devraient d'emblée pouvoir être écartés s'agissant des banques. Il s'agit d'une part, de la responsabilité pénale qui, compte tenu de l'activité des banques, ne devrait pas être un fondement fréquent de mise en jeu de leur responsabilité et d'autre part, la responsabilité du fait des produits défectueux fondée sur les nouveaux articles 1386-1 et suivants du code civil issu de la loi du 19 mai 1998, dans la mesure où ce régime vise la mise en circulation de produits défectueux pouvant causer des dommages corporels ou à des biens (excepté le produit défectueux lui-même), ce qui semble ne pas concerner l'activité bancaire.

## **A Faute ou responsabilité objective des banques**

### **1. Responsabilité pour faute**

Lorsque l'exigence d'une faute est requise, celle-ci est appréciée d'une manière similaire, que l'on se situe sur le terrain de la responsabilité délictuelle ou contractuelle. Dans l'un et l'autre des cas, la faute peut consister en une action ou une abstention et est appréciée par rapport au comportement du «bon père de famille» tel que visé par les articles 1137, 1766 et 1880 du code civil. Ainsi, dans le cadre d'actions délictuelles ou contractuelles, il faudra apprécier si la banque en cause a eu le comportement normalement attendu d'une banque comparable. Il est par ailleurs vraisemblable que pour apprécier le niveau des mesures requises soit tenu compte de la qualification de la banque (existence en son sein d'un service informatique conséquent.) et de la criticité de l'activité affectée par le bug de l'An 2000 (mise à disposition aux individus de moyens financiers de subsistance : versement de pension, de retraite, de salaire, d'allocations chômage, de prestations sociales).

De plus, le niveau des mesures préventives requises s'appréciera essentiellement au regard des règles de l'art. A cet égard, dans le secteur financier, ces règles pourraient résulter des recommandations faites par des organismes de contrôle du secteur telles que par exemple le Livre Blanc du secteur financier intitulé «Le passage à l'An 2000» (3) élaboré sous l'égide des autorités de tutelle du monde financier et de leurs associations professionnelles. Bien évidemment, s'agissant de simples recommandations, les banques n'ont pas l'obligation de les respecter à la lettre, mais dès lors que ces recommandations fonderaient, en cas de contentieux, les règles de l'art dans le secteur (4), il conviendrait d'être en mesure en cas de non-respect de ces règles de démontrer qu'elles étaient en l'espèce excessives ou inappropriées, ou encore que leur respect n'aurait pas empêché la survenance du dommage. Il pourrait donc en résulter un renversement de charge de la preuve pour les banques qui ne respecteraient pas ces recommandations (5).

Par ailleurs, les banques devront être en mesure d'apporter la preuve des mesures préventives et plans de secours qu'elles auront mis en œuvre avant le passage à l'An 2000. Ainsi, il est fondamental de formaliser par écrit et d'assurer la traçabilité précise des mesures prises afin de pouvoir, le cas échéant, en justifier.

Enfin, il faut noter qu'en cas d'action en responsabilité contractuelle engagée contre des banques, l'appréciation du caractère fautif du comportement de la banque pourra être fondé non seulement sur les règles de l'art, mais également sur des stipulations contractuelles précises portant sur les mesures mises en œuvre pour le passage à l'An 2000, situation qui devrait se révéler relativement exceptionnelle, dans la mesure où peu des contrats proposés par les banques à leurs clients contiennent à ce jour des stipulations expresses sur ce sujet. Si cette hypothèse se réalise, même si les mesures prévues par le contrat excèdent ce qui était normalement attendu d'une banque au regard des recommandations professionnelles, la responsabilité de la banque pourra être mise en cause s'il est prouvé qu'elle n'a pas satisfait les engagements contractuels qu'elle a pris.

### **2. Les cas de responsabilité objective**

Il y a responsabilité objective dès lors que la responsabilité de la banque peut être engagée, sans qu'il y ait lieu d'apporter la preuve d'un comportement fautif de celle-ci, par la simple constatation d'un dommage provoqué de son fait, et ce, dès lors que la banque ne peut pas apporter la preuve que ce dommage résulte soit d'un cas de force majeure, soit de la faute de la victime du dommage.

S'agissant des banques, leur responsabilité pourrait être mise en cause sur le terrain de la responsabilité objective essentiellement dans deux cas : en cas de dommage causé par une chose dont la banque a la garde, ou en cas de dommage résultant de l'inexécution d'un engagement de résultat pris par une banque.

La possibilité d'une action fondée sur la responsabilité délictuelle des banques du fait des choses dont elles ont la garde, conformément à l'article 1384, alinéa 1 du code civil, devrait être relativement rare. Il s'agirait du cas dans lequel un appareil, qui est sous la garde d'une banque, dysfonctionne lors du passage à l'An 2000 et cause de ce fait un dommage à des tiers (par exemple, dysfonctionnement d'un ascenseur dans un établissement bancaire qui causerait un dommage à un visiteur).

En revanche, le cas de mise en œuvre de la responsabilité des banques fondée sur des obligations contractuelles, qualifiées d'obligations de résultat, est loin d'être théorique. Par exemple, la banque qui refuserait le paiement d'un chèque, parce que l'information fournie par son système informatique indiquerait que le compte sur lequel le chèque a été émis n'est pas provisionné, alors qu'il l'est, sera tenue de réparer le préjudice subi par le titulaire du compte du fait de ce non-paiement (6). Ainsi dans toutes les hypothèses où les obligations des banques sont soit du fait de dispositions contractuelles spécifiques, soit, conformément à la jurisprudence, qualifiées d'obligations de résultat, si l'exécution de ces obligations peut être affectée par le bug de l'An 2000, il appartient à la banque d'être encore plus vigilante que dans les cas où sa responsabilité peut être mise en cause sur le fondement d'une obligation de moyens. En effet, en cas de dommage, elle ne pourra se dégager de toute responsabilité qu'en apportant la preuve d'une faute de la victime ou d'un cas de force majeure (7).

## **B L'étendue du dommage qui doit être réparé et l'appréciation du lien de causalité**

Que ce soit en matière délictuelle ou contractuelle est réparable aussi bien le préjudice matériel que moral qui est direct et certain. De plus, en cas de mise en jeu de la responsabilité contractuelle, en application de l'article 1150 du code civil, le dommage doit être prévisible, ce qui signifie que celui qui est responsable devait avoir connaissance, lors de la signature du contrat, de l'étendue possible du dommage qui serait subi par son cocontractant en cas d'inexécution de son obligation contractuelle.

A priori, les dommages consécutifs au passage à l'An 2000 ne devraient pas susciter de question particulière relative à l'appréciation au regard du droit commun du caractère certain et prévisible d'un dommage.

S'agissant du lien de causalité, c'est-à-dire de l'appréciation de ce que le dommage résulte directement du bug de l'An 2000 dont aura été victime la banque, là encore il y aura vraisemblablement peu de spécificité liée au passage à l'An 2000. On peut simplement craindre que, de la même manière qu'à

l'occasion de tout sinistre majeur, certains cherchent à abuser de la situation et à imputer au bug de l'An 2000 des dommages qui n'ont aucun lien de causalité avec ce dysfonctionnement.

## II Moyens de limiter la responsabilité

Il existe deux moyens principaux pour limiter, voire exclure, sa responsabilité. L'établissement bancaire peut invoquer des causes exonératoires de responsabilité (A) ou faire jouer en cas de mise en jeu de sa responsabilité contractuelle, les éventuelles clauses exclusives ou limitatives de responsabilité figurant dans le contrat (B).

### A Les causes exonératoires de responsabilité

Que ce soit en cas de mise en jeu de sa responsabilité contractuelle ou délictuelle, la banque pourrait chercher à s'exonérer en totalité ou partiellement de la mise en cause de sa responsabilité, en soutenant que le bug de l'An 2000 constitue en l'espèce un cas de force majeure (1) ou que la faute de la victime (2) a contribué à la réalisation du dommage.

#### 1. Le bug de l'An 2000 peut-il être assimilé à un cas de force majeure ?

Pour s'exonérer de toute responsabilité, la banque, victime d'un bug de l'An 2000 qui aurait causé un préjudice à un cocontractant ou à un tiers, pourrait être tentée de faire qualifier le bug de l'An 2000 dont elle a été victime, de cas de force majeure ou de cas fortuit (8).

#### • Événement le cas échéant prévisible, mais qui doit demeurer irrésistible

Si la chambre commerciale de la Cour de cassation n'avait pas rendu le 1<sup>er</sup> octobre 1997, un arrêt de principe par lequel elle abandonnait le critère d'imprévisibilité qui était antérieurement nécessaire pour qu'un événement fut qualifié de cas de force majeure, la question de la possible qualification du bug de l'An 2000 comme constituant dans certains cas un cas de force majeure, ne se poserait pas (9). En effet, le risque de survenance du bug de l'An 2000 est, malheureusement, on ne peut plus prévisible. Dans cet arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 1997, les faits étaient les suivants : un transporteur de fonds avait été victime d'un vol à main armée, événement malheureusement prévisible dans cette activité. La Cour de cassation a admis qu'il constituait néanmoins un cas de force majeure si toutes les mesures requises pour éviter le vol avaient été prises. Ainsi, de la même manière, le bug de l'An 2000 pourrait être considéré comme un cas de force majeure si la banque qui en a été victime est en mesure d'apporter la preuve qu'elle a pris toutes les mesures requises pour éviter sa survenance. Ainsi, la théorie de la force majeure pourrait trouver à s'appliquer lorsqu'un bug est généré par un système informatique extérieur à celui de l'établissement qui en est victime et auquel son propre système était interconnecté, dès lors que la banque pourra montrer qu'elle avait pourtant pris toutes les mesures requises en son pouvoir pour s'assurer de la parfaite continuité de fonctionnement dudit système et de son interconnexion lors du passage à l'An 2000. Par exemple, la banque pourrait apporter une telle preuve en justifiant avoir interrogé l'organisme qui gère le système extérieur qui se sera révélé défectueux, avoir testé son propre système et son interconnexion au système en cause et, le cas échéant, avoir prévu le plan de secours approprié.

#### • Un événement extérieur

Enfin, pour constituer un cas de force majeure, l'événement doit être extérieur à l'entreprise victime du bug. Il conviendra donc de s'assurer, si le bug est dû au fait d'un tiers, que ce tiers n'était pas lié contractuellement à l'établissement bancaire, victime du bug (10). Tel pourrait par exemple être le cas lorsque l'impossibilité d'exécuter un ordre de virement serait due au dysfonctionnement du système informatique d'une tierce banque dont un client serait partie à l'ordre. C'est essentiellement dans les cas de responsabilité objective (voir sur ce point § I. A. 2. ci-dessus) que la possibilité de qualification du bug de l'An 2000 en un cas de force majeure, présente un intérêt pour l'entreprise qui en est victime, car c'est alors le seul moyen qui lui permet d'échapper à la mise en cause de sa responsabilité.

#### 2. La faute de la victime peut-elle être invoquée par l'établissement bancaire ?

Quel que soit le type de responsabilité mise en jeu, le responsable peut invoquer la faute de la victime comme ayant contribué à la réalisation du dommage. Ainsi, si l'établissement bancaire a la possibilité de prouver la faute de la victime, il pourra s'exonérer au moins en partie de sa responsabilité. La banque ne peut être exonérée en totalité que si la faute de la victime est la cause exclusive du dommage. En l'espèce, dans la mesure où le dommage est causé au moins en partie par les dysfonctionnements du système d'information de la banque du fait de l'An 2000, il semble difficile de considérer que la faute de la victime puisse être la cause exclusive du dommage.

En cas de dysfonctionnements liés à l'An 2000, la faute de la victime qui serait invoquée pourrait être sa négligence. Par exemple, peut-on considérer que celui qui ne pourrait retirer de l'argent à un distributeur automatique ou effectuer diverses opérations par carte bancaire le 1<sup>er</sup> janvier 2000 et qui, ne disposant pas d'autres moyens de paiement, ne pourrait pas régler ses frais de séjour dans le pays lointain où il aurait décidé de réveillonner, est un imprudent ? A cet égard, les actions de sensibilisation qui auront pu être menées par les pouvoirs publics ou les banques elles-mêmes pour informer leur clientèle sur les risques d'incidents à l'occasion du passage à l'An 2000 et les invitant de ce fait à prévenir ces incidents en disposant de moyens de paiement alternatifs aux cartes bancaires, pourraient avoir une incidence sur la détermination du caractère négligeant du comportement d'un client qui ne suivrait pas ces recommandations.

En tout état de cause, même si l'obligation pour la victime de prendre toutes les mesures adéquates pour limiter son propre préjudice (*mitigation of damages*) n'est pas, comme aux Etats-Unis, un principe général de droit français, il est possible de retenir, compte tenu de l'ampleur des conséquences possibles, que la victime devrait être tenue de faire tout son possible pour limiter les effets du dommage qu'elle subit.

### B La mise en jeu des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité

Les clauses limitatives ou exonératoires sont par définition valables, en raison de l'autonomie de la volonté des parties, sauf prohibition expresse des textes. Toutefois, les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité en matière de responsabilité délictuelle sont nulles, les articles

1382 et 1383 du code civil étant d'ordre public (11). De plus, aux termes de l'article L.132.1 du code de la consommation, il apparaît que dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs (ce qui concerne sans aucun doute la majorité des contrats conclus par la banque avec ses clients), les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations de parties au contrat, sont abusives.

Dans l'hypothèse où la clause est valable, l'exclusion ou la limitation de responsabilité au regard du bug de l'An 2000 pourrait porter :

- soit sur la cause du dommage, le contrat prévoyant que l'établissement bancaire n'est pas responsable si l'inexécution du contrat ou sa mauvaise exécution est due au bug de l'An 2000 ;

- soit sur les conséquences du dommage, le contrat limitant ou exonérant la banque de son obligation de réparer certains types de dommages, ou au-delà d'un certain montant.

Dans la plupart des cas, il sera difficile aux banques d'insérer des clauses limitatives de responsabilité spécifiques au problème du bug de l'An 2000 dans les contrats qui les lient à leurs clients. Ces contrats sont en effet souvent des contrats de longue durée ou à durée indéterminée qu'il serait difficile de renégocier à l'occasion du passage à l'An 2000 pour y insérer des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité. Ainsi, cette voie de limitation de la responsabilité ne devrait pouvoir jouer que de manière limitée pour les banques, en application des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité générales.

En outre, il faut être très vigilant quant au contenu de ces clauses limitatives de responsabilité. En effet, la Cour de cassation a jugé qu'en cas de manquement à l'obligation essentielle du contrat, une clause limitative de responsabilité devait être réputée non écrite, dans la mesure où elle contredisait la portée de l'engagement pris et privait ainsi le contrat de sa cause (12). Enfin, une clause limitative ou exclusive de responsabilité qui serait valable pourrait voir son application écartée si une faute lourde ou dolosive pouvait être imputée à l'établissement bancaire. Il apparaît que le comportement de la banque

qui n'aurait rien mis en œuvre pour s'assurer qu'elle passerait l'An 2000 sans encombre ou qui n'aurait mis en œuvre que des mesures manifestement insuffisantes, pourrait être qualifié par les tribunaux de faute lourde, ce qui conduirait à écarter l'application de toute clause limitative ou exonératoire de responsabilité et la contraindrait à réparer même les dommages imprévisibles subis par ses clients et partenaires de son fait.

\* \* \*

La problématique de la responsabilité des banques engendrant des dommages à l'occasion du passage à l'An 2000 peut soulever des questions complexes, notamment compte tenu de la multitude d'intervenants pouvant concourir aux dommages dont la réparation est demandée (fournisseurs informatiques, partenaires de la banque, clients de la banque...). Dès lors que la mise en œuvre de ces responsabilités relève du droit commun de la responsabilité contractuelle et délictuelle, c'est principalement le caractère fautif du comportement qui sera le moteur dans la détermination des responsabilités des uns et des autres. A cet égard, l'analyse des mesures qui auront été prises pour éviter la survenance de dysfonctionnements lors du passage à l'An 2000 ou en minimiser les conséquences (mise en place de plans de secours par exemple) au regard du rôle que devait avoir celui dont la responsabilité est mise en cause vis-à-vis du passage à l'An 2000, sera déterminante. La résolution des litiges pourrait donc être complexe, nécessitant souvent une instruction préalable par voie d'expertise afin d'apprécier l'adéquation ou non des mesures prises par les uns et les autres. Cette résolution pourra encore être compliquée lorsque l'on se situera dans le cadre de relations internationales, situation courante en matière bancaire. Il faudra alors déterminer la ou les lois applicables à la détermination des responsabilités des uns et des autres, sachant que dans certains pays, comme par exemple aux Etats-Unis, des lois spécifiques à la responsabilité associée au passage à l'An 2000 ont été adoptées, alors que dans d'autres pays, dont la France fait partie, de telles mesures n'existent pas. ■

(1) Une liste non exhaustive des systèmes interbancaires figure dans le Livre Blanc du secteur financier publié par la *Commission bancaire*, pages 163 et suivantes.

(2) Voir sur ce sujet, par exemple : «Passage à l'An 2000 et à la Monnaie unique», F. Dupuis-Toubol, I. Gavanon, S. Lemarchand, *Expertises* 1996, n° 200, p. 120 et s. ; «Le Logiciel au 1<sup>er</sup> janvier 2000», C. Le Stanc, *Lamy, Droit de l'Informatique*, Bull., janvier 1997, p. 1 et s. ; «Le passage à l'An 2000 dans les contrats informatiques», P. Chauleur, *Lamy, Droit de l'informatique*, Bull, I, février 1998, page 1 et s. ; «Contrats informatiques et An 2000», C. Le Stanc, *Lamy, Droit des affaires*, janvier 1999, n° 12, p. 3 et s., les Dossiers de *Dalloz affaires*, supplément au n° 153, jeudi 18 mars 1999, «Passage à l'An 2000 : problématique juridique» ; «Aspects juridiques liés aux dysfonctionnements informatiques lors du passage à l'An 2000», Isabelle Renard-Bozzo, *DIT* 1999 n° 1, p. 19 et s. ; «Le contentieux lié au passage à l'An 2000 des systèmes d'informatiques», H. Bitan *Gaz. Pal.*, 18 avril 1999, p. 4 et s. ; «An 2000, Quelles sont les responsabilités des dirigeants et des commissaires aux comptes ?» Bulletin comptable et financier, éd. *Francis Lefebvre*, octobre 1998, p. 6 ; «Passage à l'An 2000 : quelle responsabilité pour le commissaire aux c o m p t e s » , Y. Bernheim, *Option finance*, 16.11.1998.

(3) Un addendum au Livre blanc et relatif aux plans de secours a été publié en février 1999.

(4) En effet, il s'agira, semble-t-il, du seul référentiel à la disposition du magistrat.

(5) Il convient toutefois de souligner que les professionnels considèrent souvent ces recommandations comme allant au-delà de ce que les règles de l'art imposent.

(6) Tribunal de commerce de la Seine, 20 décembre 1951, GP 1952, p. 180. Il faut noter que dans l'hypothèse où le banquier crédite un compte à la place d'un autre, il a toujours la possibilité d'intenter une action en répétition de l'indu à l'encontre du titulaire du compte crédité de manière injustifiée.

(7) Si en cas de force majeure, la banque peut voir sa responsabilité écartée et donc n'aura pas à réparer le préjudice subi par son client par exemple, elle sera toujours tenue de rectifier son erreur et de par exemple, créditer le compte qu'elle n'aurait pas crédité par erreur.

(8) Le plus souvent les auteurs du code civil et de la jurisprudence emploient indifféremment les deux expressions «*cas fortuits*» et «*cas de force majeure*». Il n'y a donc pas véritablement lieu de distinguer entre ces deux expressions.

(9) Cass. com. 1<sup>er</sup> octobre 1997, *Bull. IV* n° 240 ; *RTD Civ.* 1998 p. 21. Il faut toutefois rappeler que la deuxième chambre civile et la chambre sociale de la Cour de cassation exigent toujours que l'événement soit imprévisible. Civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1999, Sté Nice Lasez c/Syndicat des copropriétaires de la Communauté immobilière, *Le Palais des Phocéens*, n° 556 PB.

(10) Ainsi, une banque ne devrait pouvoir s'exonérer des bugs qui résulteraient d'une inexécution de leurs obligations contractuelles de la part de prestataires informatiques auxquels elle aurait confié l'adaptation de ses systèmes informatiques pour qu'ils passent l'An 2000. Dans ce cas, une action récursoire devrait néanmoins être possible.

(11) Civ. 2<sup>e</sup>, 17 février 1955 ; D 1956, 17 note Esnein.

(12) Cass. com. 22 octobre 1996, Sté Bancheureau c/Sté Chronopost, *RJDA* 11 97 n° 6, p. 12, Solution confirmée par la cour de renvoi, CA Caen 5 janvier 1999, Sté Chronopost c/Sté Bancheureau, inédit.