

L'an 2000 : Le compte à rebours se termine ...

Les poursuites fondées sur la clause des mesures conservatoires - un dilemme pour les administrateurs

L'été dernier GTE, Xerox et Unisys ont intenté des poursuites contre leurs compagnies d'assurance des biens, leur réclamant les frais et les dépenses qu'elles avaient engagés et qu'elles prévoyaient engager dans l'exécution de travaux correctifs sur leurs systèmes informatiques afin que ceux-ci continuent de fonctionner sans problème après le 31 décembre 1999. Dans leurs actions, elles alléguaient que l'exécution de ces travaux correctifs était nécessaire pour éviter ou réduire au minimum le risque de dommages imminents aux biens assurés en conséquence d'une panne de système et d'un traitement inexact des données.

En novembre, Nike et le port de Seattle ont aussi intenté des poursuites similaires.

Ces réclamations reposaient dans chaque cas sur la clause relative aux mesures conservatoires contenue dans leur police, et elles visaient les dépenses de plusieurs centaines de millions de dollars engagées dans le cadre des programmes correctifs. Ces réclamations sont évidemment suivies de près dans l'industrie des assurances, puisque des milliards de dollars sont en jeu.



Ian Rose

La clause relative aux mesures conservatoires

Les polices d'assurance des biens renferment généralement une clause relative aux mesures conservatoires (*Sue and Labour Clause*) qui trouve ses origines dans l'assurance maritime. Cette clause prévoit le remboursement des dépenses engagées dans l'intérêt de

l'assureur en vue de la réduction ou de l'élimination d'un sinistre couvert. Cette clause constitue une forme de garantie distincte ou supplémentaire couvrant les dépenses qui sont nécessaires à la préservation, à la protection et à la récupération des biens assurés.

La clause alléguée dans le cadre des procédures prévoit que, dans l'éventualité de sinistres ou de dommages imminents assurés, il sera légal et nécessaire pour l'assuré d'entamer des poursuites, d'oeuvrer et de voyager relativement à la défense, ainsi qu'à la protection et à la récupération des biens assurés ou de toute partie de ces biens. Selon cette clause, l'assureur doit contribuer aux dépenses engagées proportionnellement à la somme assurée aux termes de la police. Ainsi, la police peut couvrir le coût de certaines mesures préventives, si elles sont engagées pour prévenir un sinistre ou des dommages imminents couverts par la police.

Cette garantie n'est applicable que dans les circonstances où le sinistre lui-même est couvert. Or, il est important de souligner que, dans les polices de GTE et de Xerox, les dommages matériels sont définis de manière à inclure la destruction, la distorsion ou la corruption de données, d'un codage, de programmes ou de logiciels informatiques. Cette description des dommages matériels est plus large que



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS



Ian Rose est membre du Barreau du Québec depuis 1973 et se spécialise en responsabilité des administrateurs et dirigeants et le droit des assurances

celle que l'on retrouve généralement dans bon nombre de polices. Celles-ci peuvent exiger une destruction matérielle des biens ou comporter d'autres restrictions similaires qui limitent ou éliminent la garantie relativement à la prévention d'un sinistre éventuel, faisant ainsi de l'application de la clause relative aux mesures conservatoires une question purement théorique.

À l'occasion de ces procédures, les parties et les tribunaux devront se pencher sur d'importantes questions touchant les garanties, notamment la question du caractère fortuit, l'imminence des problèmes éventuels que les programmes correctifs étaient censés prévenir, de même que les questions de l'avis aux assureurs, de la destruction de la preuve et de la préservation des droits de subrogation.

Nous n'avons pas l'intention d'examiner ici le bien-fondé de ces réclamations ni des défenses qu'ont fait valoir les divers assureurs, mais plutôt de signaler le dilemme éventuel qui peut se poser pour les administrateurs et dirigeants d'autres sociétés ayant engagé des dépenses importantes à ce titre, particulièrement s'il s'agit de sociétés dont les titres sont inscrits en bourse.

Un dilemme pour les administrateurs

Les réclamations fondées sur la clause relative aux mesures conservatoires ont suscité d'abondantes critiques et même un tollé au sein de l'industrie des assurances. Toutefois, si pour quelque

raison que ce soit (par exemple le libellé plus large des polices en cause ou la possibilité d'une audition exceptionnellement sympathique) l'une de ces réclamations était effectivement accueillie, les administrateurs d'autres sociétés pourraient faire face à des réclamations de leurs propres actionnaires s'ils n'ont pas également réclamé de leurs assureurs les frais que leur société a engagés au titre des mesures correctives. Quel que soit le bien-fondé de ces réclamations, la seule perspective de cette possibilité peut donner des frissons à un conseil d'administration, particulièrement dans le cas où la société a déjà fait l'objet d'un recours collectif intenté par ses actionnaires.

Les administrateurs devraient-ils simplement aviser leurs assureurs à titre de précaution, même si la réclamation leur paraît plus ou moins fondée? Bien que cette avenue puisse sembler prudente, elle comporte des conséquences et ne doit pas être prise à la légère. En effet, les administrateurs risquent ce faisant de créer des tensions entre la société et ses assureurs et de gaspiller la confiance et la bonne foi qui sont gagnées au fil des ans et qui sont si précieuses dans l'éventualité d'autres réclamations. Plus encore, la société aura peut-être par la suite des difficultés à obtenir les montants de garantie ou les types de couverture dont elle a besoin pour exercer ses activités. On ne devrait jamais sous-estimer l'importance d'une bonne relation d'affaires de longue date avec un assureur.

Que devraient faire les administrateurs? Nous leur recommanderions d'obtenir sur la question des conseils d'une source fiable, voire même un rapport bien documenté sur les garanties disponibles et l'opportunité d'aviser l'assureur. Les administrateurs peuvent ainsi réduire au minimum les risques auxquels ils s'exposent et surtout établir de solides preuves du fait qu'ils ont exercé les soins, la prudence et la diligence voulus dans les circonstances et du fait qu'ils se sont fondés sur un rapport d'une personne dont la profession permet d'accorder foi à ses déclarations. En prenant ces mesures, les administrateurs (et les dirigeants) peuvent réduire les risques qu'ils courent sur cette question dont les enjeux sont considérables.

Une solution possible qui semble se dessiner implique l'instauration d'une convention de statu quo. En effet, certains assureurs semblent disposés à accepter que la résolution de cette question soit différée sans que les droits des parties en soient affectés. Cette solution pourrait atténuer le risque de recours des actionnaires tout en préservant de bonnes relations entre les assurés et leurs assureurs. Bien que cette voie ne soit pas sans risque, elle pourrait s'avérer la solution optimale dans les circonstances.

Ian Rose



François Duprat

Le bogue de l'an 2000: Les implications légales au Québec

Il y a fort à parier que le bogue de l'an 2000 créera des problèmes juridiques importants. Le présent texte se veut un rappel de certains principes de responsabilité civile, contractuelle ou extra-contractuelle, propres au *Code civil du Québec* et leur application à un litige découlant du bogue.

Dans l'analyse de la responsabilité civile, il conviendra d'abord d'identifier les parties et les liens contractuels qui peuvent les unir. Il va de soi que l'existence d'un contrat peut modifier la responsabilité d'une partie, soit en l'étendant soit en la diminuant.

La responsabilité contractuelle

Le Code civil du Québec reconnaît que le vendeur d'un bien est soumis à diverses obligations vis-à-vis son client. Les deux principales garanties que l'on reconnaît sont: la garantie de vice caché et la garantie de durabilité. Un distributeur, fournisseur ou manufacturier sera soumis à ces garanties. On peut s'interroger à savoir si la licence d'utilisation d'un logiciel pourra être considérée comme une vente. Il existe plusieurs arguments pour répondre par la négative à cette question.

Par ailleurs, dans sa définition classique, un vice caché est un défaut qui existait au moment de la vente et qui ne pouvait être décelé par l'acheteur. Il sera intéressant de connaître la réaction des tribunaux québécois qui auraient à décider si le bogue de l'an 2000 peut effectivement être considéré comme un vice caché au terme de cette définition. Un autre élément à considérer est l'obligation faite à l'acheteur, en vertu du Code civil du Québec, d'aviser un vendeur dans un délai raisonnable qu'un vice a été découvert pour permettre à celui-ci de le corriger. Le bogue de l'an 2000 a été le sujet d'une publicité abondante; on peut certainement s'attendre à ce qu'un vendeur ou un fournisseur argumente que son client avait connaissance d'un problème potentiel et aurait dû l'aviser afin qu'il puisse y remédier ou encore que l'acheteur a procédé à des manipulations sans obtenir l'approbation du vendeur perdant peut-être ainsi le bénéfice des garanties.

La notion d'intermédiaire ou de vendeur spécialisé risque également de causer des débats eu égard à l'attribution de dommages et intérêts. En effet, le vendeur spécialisé sera responsable non seulement de rembourser le prix de la vente, mais également tous les dommages causés à l'acheteur.

Il est probable que les fournisseurs de logiciels, les consultants ou ceux qui font l'entretien de systèmes, ne seront pas vus comme des vendeurs, mais plutôt comme une entreprise qui fournit un service et seront donc sujet aux dispositions du *Code civil du Québec* qui traitent du contrat d'entreprise ou de services.

Une telle qualification juridique impose diverses obligations. Une des plus lourdes est de fournir un service qui correspond à ce qui est énoncé au contrat, sauf force majeure. De même, celui qui fournit les biens reliés au service rendu sera sujet aux mêmes garanties que le vendeur relativement à ces biens. On reconnaît également au fournisseur de services une obligation de conseil et d'information. Bref, en l'absence de stipulations particulières limitant ou exonérant sa responsabilité, une partie qui est considérée comme s'étant engagée à fournir un service aura fort à faire pour éviter toute responsabilité. Enfin, les clauses de non responsabilité ou de limitation de responsabilité soulèveront certainement des problèmes d'interprétation de contrat et sont sans effet en cas de dommages corporels.

François Duprat est membre
du Barreau du Québec depuis
1983 et se spécialise en droit
des assurances



La responsabilité extra- contractuelle

En l'absence d'un lien contractuel, une partie victime d'un des effets du bogue de l'an 2000 pourrait rechercher en responsabilité un fabricant, un distributeur ou un fournisseur. En effet, le fabricant et, au même titre, le fournisseur et le distributeur pourront être appelés à répondre d'un vice de conception ou de fabrication d'un bien. Comme le fabricant répond d'abord du défaut de sécurité du bien qu'il met sur le marché, on peut s'attendre à un débat sur la notion de « défaut de sécurité ». Il est facile d'imaginer certains risques et dangers reliés au passage à l'an 2000, par exemple dans le cas d'ascenseurs, avions, équipement industriel, etc. Ceci est moins évident si on parle simplement d'un système comptable qui flanche. Nos tribunaux ont reconnu qu'une des obligations premières des manufacturiers, outre de mettre sur le marché un produit sécuritaire, est celle d'informer le consommateur. Or, cette obligation est continue en ce sens qu'elle se poursuit pendant toute la durée d'utilisation du bien. À nouveau, la publicité entourant le passage à l'an 2000 et la conduite des fabricants, distributeurs ou fournisseurs envers les détenteurs de leurs biens pourrait influencer les débats judiciaires.

La responsabilité extra-contractuelle risque également de soulever des problèmes portant sur la connaissance réelle des possibilités et limites du bien par son utilisateur; les fabricants, distributeurs ou fournisseurs pourront plaider l'état des connaissances au moment où le bien a été fabriqué, distribué ou fourni soulevant ainsi des problèmes additionnels.

Conclusion

Le législateur québécois n'avait probablement pas à l'esprit les problèmes juridiques pouvant potentiellement être créés par le passage à l'an 2000 lorsque le Code civil du Québec est entré en vigueur. Néanmoins, les principes de responsabilité civile, contractuelle ou extra-contractuelle, devront être interprétés et on peut s'attendre à des débats juridiques fort intéressants.

François Duprat



Judith Rochette

La loi américaine sur les litiges liés au bogue de l'an 2000 : un exemple d'intervention législative limitant les litiges

Comme la plupart des polices d'assurance n'ont pas été rédigées pour tenir compte des conséquences éventuelles du bogue de l'an 2000, divers problèmes d'interprétation surgiront lorsque l'on tentera d'appliquer les termes d'une garantie au monde technique des ordinateurs.

Sans entrer dans le détail des droits que les assurés voudront faire valoir, ni dans les problèmes de couverture qui

pourront en résulter, il n'est pas sans intérêt de constater que le législateur américain a décidé d'intervenir devant la multitude de litiges appréhendés.

Ainsi, l'adoption le 20 juillet dernier par le gouvernement américain de la loi intitulée *Year 2000 Readiness and Responsibility Act*, P.L. 106-37, constitue un exemple d'intervention législative qu'il y aurait peut-être lieu de considérer lorsque viendra le temps d'évaluer certaines normes de conduite.

L'objectif de cette législation est simple : réduire les conflits ainsi que limiter les litiges et les indemnités qui pourraient éventuellement être accordées. La loi offre également une meilleure protection aux parties défenderesses, obligeant même dans certaines circonstances les tribunaux à départager entre celles-ci les questions de responsabilité de manière à faire obstacle aux conséquences d'une responsabilité conjointe et solidaire.

En voici, à titre indicatif, quelques grandes lignes.

Au chapitre des dispositions préliminaires, on retrouve un langage très explicite :

Attendu que :

- le bogue de l'an 2000 est susceptible de créer des difficultés réelles de traitement d'information durant une période de transition critique;

- conséquemment, un volume important de litiges pourrait en résulter;
- pareil volume de litiges pourrait monopoliser ou gaspiller une part importante de ressources techniques et financières;
- ces litiges pourraient envenimer les relations d'affaires et encombrer le système judiciaire;
- une telle situation risque bien plus de provoquer un chaos que d'offrir une solution efficace au problème.

(notre traduction)

Dans cet esprit, cette loi oblige les demandeurs à mitiger leurs dommages et les incite ouvertement à vérifier leurs logiciels et à corriger les problèmes éventuels.

Quant au règlement des litiges, elle préconise le règlement extrajudiciaire des conflits, allant même jusqu'à décourager les recours futiles tout en préservant les recours des demandeurs qui auront subi un préjudice grave.

Les objectifs de la loi sont simples : limiter les litiges, limiter les montants pouvant être accordés, limiter l'exercice des recours collectifs et circonscrire ces litiges par des règles de preuve et procédures spécifiques.

Judith Rochette est membre du
Barreau du Québec depuis
1987 et se spécialise en droit
des assurances



La loi s'applique à tous les recours relatifs au bogue de l'an 2000 intentés après le 1^{er} janvier 1999 ; elle s'applique également à tout dommage ou préjudice causé par une défectuosité du système informatique liée au bogue de l'an 2000 et survenue avant le 1^{er} janvier 2003.

Certains domaines en sont cependant exclus, telles les réclamations pour lésions corporelles et celles associées au domaine des valeurs mobilières. De plus, les dispositions contractuelles, dont les exclusions de responsabilité et de garantie, sont maintenues, mais la loi par ailleurs ne vise pas, du moins de façon directe, les litiges qui auront comme origine les problèmes d'interprétation associés aux couvertures d'assurance disponibles.

C'est à suivre.

Judith Rochette

Jacques Audette est membre
du Barreau du Québec depuis
1976 et se spécialise en droit
du travail



Jacques Audette

Relations de travail : Un arbitre reconnaît le caractère d'urgence relié au passage à l'an 2000

Plusieurs entreprises de services et organismes publics sont aux prises avec les problèmes redoutés prévus pour le passage à l'an 2000. On n'a qu'à penser aux services de sécurité publique, aux firmes de consultants en informatique, aux fournisseurs d'équipement spécialisé ou aux entreprises reliées à la gestion des risques; tous ces organismes

devront faire appel à leur personnel pour des périodes extraordinaires plus ou moins longues afin d'assurer la transition en souplesse et de pallier le plus rapidement possible toute défaillance qui pourrait survenir.

Dans une décision récente concernant le *Service de police de la Communauté urbaine de Montréal* et *La Fraternité des policiers et policières de la Communauté urbaine de Montréal*, l'arbitre André Sylvestre donnait raison à l'employeur et reconnaissait que les divers scénarios de mesures d'urgence exposés à ce dernier étaient susceptibles d'entraîner des troubles graves pouvant perturber la paix sociale. L'arbitre suggérait même qu'il serait irresponsable pour un organisme public, comme le service de police de la CUM, de ne rien mettre en oeuvre comme plan d'action et de ne pas planifier la main-d'oeuvre et l'équipement jugés nécessaires pour faire face aux aléas.

Ainsi, il permettait à la direction du service de police de « décréter l'état d'urgence, de changer les heures de travail des policiers du Service, de les garder en devoir en dehors de leurs heures régulières, de changer les périodes de vacances et de les faire travailler durant les jours de congé hebdomadaire en leur versant leur rémunération à taux régulier ».

Ainsi, les entreprises de services dont les clients ou les activités peuvent être perturbés par le passage à l'an 2000 peuvent, voire doivent mettre en place les mécanismes nécessaires et s'assurer de la disponibilité du personnel requis pour faire face au bogue de l'an 2000.

Jacques Audette

**Vous pouvez communiquer avec les membres suivants
du groupe de travail mis sur pied pour faire face au passage à l'an 2000
pour toute question relative à ce bulletin.**

Responsabilité civile et assurances

à nos bureaux de Montréal

François Duprat
Odette Jobin-Laberge
Jean Hébert
Robert W. Mason
Ian Rose

à nos bureaux de Québec

Judith Rochette

**Droit commercial et droit des
valeurs mobilières**

à nos bureaux de Montréal

René Branchaud
Johanne L. Rémillard

Relations de travail

à nos bureaux de Montréal

Jacques Audette

Montréal

Bureau 4000
1, Place Ville Marie
Montréal (Québec)
H3B 4M4

Téléphone :
(514) 871-1522
Télécopieur :
(514) 871-8977

Québec

Bureau 500
925, chemin Saint-Louis
Québec (Québec)
G1S 1C1

Téléphone :
(418) 688-5000
Télécopieur :
(418) 688-3458

Laval

Bureau 500
3080, boul. Le Carrefour
Laval (Québec)
H7T 2R5

Téléphone :
(450) 978-8100
Télécopieur :
(450) 978-8111

Ottawa

20^e étage
45, rue O'Connor
Ottawa (Ontario)
K1P 1A4

Téléphone :
(613) 594-4936
Télécopieur :
(613) 594-8783

Cabinet associé

Blake, Cassels &
Graydon
Toronto
Calgary
Vancouver
Londres (Angleterre)
Pékin (Chine)

Site Web

www.laverydebilly.com

Droit de reproduction
réservé. Ce bulletin destiné à
notre clientèle fournit des
commentaires généraux sur
les développements récents
du droit. Les textes ne
constituent pas un avis
juridique. Les lecteurs ne
devraient pas agir sur la seule
foi des informations
qui y sont contenues.



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS