

Le contrat d'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux

De plus en plus d'actions en justice sont intentées chaque année à l'encontre des dirigeants de sociétés. Cette augmentation s'explique par deux facteurs : la complexification de la réglementation en vigueur et la judiciarisation de la matière.

La responsabilité civile des dirigeants peut être recherchée par toute personne s'estimant lésée par sa faute contractuelle ou délictuelle sur trois fondements : la faute de gestion (article 59, 1 LSC⁽¹⁾ pour les S.A. ; art. 103 LSC pour les SCA ; art. 192 LSC pour les S.à r.l.), une violation de la loi sur les sociétés commerciales ou des statuts (art. 59, 2 LSC pour les S.A. ; art. 103 LSC pour les SCA ; art. 192 LSC pour les S.à r.l.) ou encore sur la responsabilité délictuelle de droit commun (art. 1382 et 1383 du Code civil).

Un risque sérieux pèse donc sur leur patrimoine personnel car les dirigeants devront en principe supporter leurs frais de défense et, en cas de condamnation, s'acquitter de la réparation du dommage.

Face à ce risque, les dirigeants se trouvent démunis. Il est vrai qu'il est possible pour eux de limiter les cas de mise en œuvre de leur responsabilité, mais ces solutions sont imparfaites et donc insatisfaisantes. On peut citer à titre d'exemple : les décharges, les clauses limitatives

de responsabilité ou encore les lettres d'indemnités.

Le propos est ici d'évoquer la solution qui semble la plus adaptée : la souscription d'une police d'assurance dite Responsabilité civile des mandataires sociaux que l'on peut aussi rencontrer sous son nom anglophone de *Directors and Officers Insurance (D&O Insurance)*.

Nous allons nous focaliser sur deux questions qui, à notre sens, intéressent le plus les dirigeants en pratique :

- quelle est l'étendue de la couverture offerte par cette assurance ?
- comment met-on concrètement en œuvre cette assurance lorsqu'on a commis une faute ?

Couvertures et exclusions

Ces polices d'assurance n'énumèrent généralement pas tous les cas couverts qui peuvent être très nombreux. Ce sont les exclusions qui vont plutôt faire l'objet d'une liste exhaustive. On parle de contrats *Tous risques sauf* ou *Tout sauf* et non de contrats qui sont à *risque dénommé*.

Selon l'article 14 LCA⁽²⁾, l'assureur n'est légalement pas tenu de garantir les fautes intentionnelles ou dolosives. L'assureur doit normalement répondre des sinistres causés par la faute de l'assuré, y compris par une faute lourde. Toutefois, il lui est permis par la loi d'exclure des cas de faute lourde en les déterminant

expressément et limitativement dans le contrat. En pratique, les fautes lourdes sont exclues de la couverture par les assureurs grâce à ces clauses.

Par ailleurs, selon le principe général du caractère d'ordre public du droit pénal, il est illégal d'assurer les amendes pénales infligées au dirigeant, mais il est par contre possible de couvrir les réparations civiles dues aux victimes de l'infraction pénale.

Sauf si elles tombent sous le coup de ces exceptions, la police d'assurance couvre donc en principe :

- la faute de gestion (article 59, 1 LSC pour les S.A. ; art. 103 LSC pour les SCA ; art. 192 LSC pour les S.à r.l.) qui est le fait pour le dirigeant de ne pas s'être comporté comme un dirigeant normalement prudent et diligent dans une situation similaire et d'avoir provoqué un dommage en conséquence. Il peut s'agir, par exemple, d'avoir conclu des contrats importants dont les conditions sont manifestement

➡ Il est permis aux parties – à l'assureur, en fait – de convenir que la garantie sera limitée aux réclamations formulées dans les 3 ans de la survenance du dommage (article 81 LCA). La prescription étant acquise 5 ans après les faits pour les administrateurs (article 157 LSC), il y a donc un risque de non-couverture sur une période de 2 ans ←

défavorables à la société, de ne pas avoir poursuivi le paiement de créances, d'avoir pris des risques financiers excessifs en période de difficultés, de s'être désintéressé de la situation financière de la société pendant une période difficile, de ne pas être intervenu en cas de faute de gestion des autres administrateurs ;

- une violation de la loi sur les sociétés commerciales et/ou des statuts (article 59, 2 LSC pour les S.A ; art 103 LSC pour les SCA et 192 pour les S.à r.l.). Il faut savoir qu'il existe une présomption de responsabilité solidaire dans le cadre de ces violations, ce qui fait que la faute commise par l'un des dirigeants peut entraîner la responsabilité de tous. Il peut s'agir, par exemple, d'avoir effectué des transactions qui n'entrent pas dans l'objet social, de ne pas avoir convoqué l'assemblée générale alors que la convocation était requise par la loi, de ne pas avoir respecté la règle de double signature prévue par les statuts, de ne pas avoir préparé le bilan et le compte de profits et pertes qui doivent être soumis à l'assemblée générale ;
- la responsabilité délictuelle de droit commun qui découle des articles 1382 et 1383 du Code civil. C'est la responsabilité individuelle du dirigeant qui sera recherchée, si le demandeur parvient à prouver une

faute de l'administrateur et un dommage en ayant résulté directement pour lui. La faute sera constituée par l'acte ou le fait que n'aurait pas commis un homme normalement prudent et diligent dans des circonstances concrètes. Il s'agira, par exemple, de la poursuite manifestement déraisonnable d'une activité déficitaire, de l'exercice par le dirigeant d'une activité concurrente à celle de la société.

La garantie porte sur le dommage survenu pendant la durée du contrat, même si la réclamation est formulée après son échéance.

Attention toutefois, car il est permis aux parties – à l'assureur, en fait – de convenir que la garantie sera limitée aux réclamations formulées dans les 3 ans de la survenance du dommage (article 81 LCA). La prescription étant acquise 5 ans après les faits pour les administrateurs (article 157 LSC), il y a donc un risque de non-couverture sur une période de 2 ans.

Mise en œuvre du contrat

A titre préliminaire, il faut savoir que certains détails peuvent varier car ils sont laissés à la libre appréciation des compagnies d'assurances. Outre le versement des primes, le dirigeant assuré a des devoirs et des obligations à l'égard de son assureur et il peut se faire sanctionner s'il ne les respecte pas.

L'assuré doit prévenir l'assureur le plus rapidement possible de la survenance d'un incident. Le délai maximal dont il dispose pour ce faire est fixé par le contrat. S'il n'était raisonnablement pas possible de prévenir l'assureur avant l'expiration de ce délai, ce dernier ne peut pas le reprocher à l'assuré (article 26 LCA). L'assuré doit par ailleurs fournir tous les renseignements utiles et répondre aux demandes qui lui sont faites pour déterminer les circonstances et fixer l'étendue de l'incident.

En parallèle, l'assuré doit prendre toutes les mesures raisonnables possibles pour prévenir et atténuer les conséquences de sa faute (article 27 LCA).

Si l'assuré ne respecte pas ces obligations et qu'il en résulte un préjudice pour l'assureur, ce dernier peut prétendre à une réduction de sa prestation à concurrence du préjudice qu'il a subi. Par ailleurs, si l'assuré a agi avec une intention frauduleuse à l'encontre de l'assureur, il peut décliner sa garantie (article 28 LCA).

Tout acte judiciaire ou extrajudiciaire relatif à un incident doit être transmis à l'assureur dès sa notification, sa signification ou sa remise à l'assuré. En cas de négligence, l'assuré devra réparer l'éventuel dommage subi par l'assureur (article 83 LCA).

La sanction est la même si l'assuré ne comparaît pas ou ne se soumet pas à une mesure d'instruction ordonnée par le tribunal (article 84 LCA).



M^e Michel Molitor
Partner
Avocat à la Cour



M^e Benoît Caillaud
Senior Associate
Avocat à la Cour

MOLITOR Avocats à la Cour

- (1) Loi sur les sociétés commerciales de 1915.
- (2) Loi sur les contrats d'assurance du 27 juillet 1997.