

Tirage à part :

Développements récents en droit commercial

Lauren OJHA (édit.)

Manuel BIANCHI DELLA PORTA et
Michel JACCARD

**Couvrir les risques
de l'administrateur**

Couvrir les risques de l'administrateur

Manuel BIANCHI DELLA PORTA et Michel JACCARD¹

Docteurs en droit et avocats

I. Introduction

La fonction d'administrateur a toujours impliqué une responsabilité. Le contexte dans lequel l'administrateur exerce son mandat, lui, a changé. Toute personne pressentie pour une telle fonction se doit d'y réfléchir à deux fois avant de l'accepter. Il est admis aujourd'hui que les risques attachés à la fonction sont accrus. Ces risques peuvent être de diverses natures : la réputation est en jeu, mais aussi la fonction peut coûter cher. Même si les faits (ou le tribunal) lui donnent raison en fin de compte, il n'est pas rare que l'administrateur doive se défendre âprement contre les attaques, ce qui a notamment un coût économique.

Divers facteurs expliquent l'accroissement des risques auxquels s'exposent les membres d'un conseil d'administration. L'un d'entre eux a pour nom « l'activisme des actionnaires ». Le phénomène, constaté outre-Atlantique, apparaît chez nous. Les détenteurs de capitaux ont de plus en plus tendance à vouloir aligner les objectifs des dirigeants sur les leurs. Cette volonté n'est pas seulement celle des fonds d'investissement et autres investisseurs financiers ; elle est également le fait d'autres actionnaires, par exemple les groupes qui militent pour une « responsabilité sociale » de l'entreprise.

L'activisme des actionnaires en entraîne un autre : l'activisme judiciaire, autrement dit la volonté de faire sanctionner par les tribunaux les comportements des administrateurs jugés inappropriés. La volonté d'en découdre gagne aussi les créanciers dans la faillite. Au motif que « l'on est toujours plus intelligent après », les administrateurs se voient régulièrement reprocher devant les tribunaux des décisions prises en période troublée qui, avec le recul, se sont avérées de mauvaises décisions, sans être forcément des décisions illégales.

La multiplication des actions judiciaires trouve un terreau favorable avec l'augmentation (inflation ?) des normes qui dictent la conduite des administrateurs. La « gouvernance d'entreprise » se traduit dans des règles de droit de plus en plus nombreuses, mais aussi dans de multiples exigences de « bonne

¹ Nous remercions Alexandre MOERI, avocat, pour son aide précieuse dans la préparation de cette contribution.

conduite », sorte de *soft law*, qui sont autant de fondements sur lesquels appuyer une action en responsabilité contre l'administrateur.

Ces diverses tendances rendent assurément plus délicat le métier d'administrateur. Bien entendu, les risques auxquels ce dernier s'expose dépendent aussi (et surtout) des secteurs d'activités. Les administrateurs de banques et sociétés financières, de ce point de vue, occupent une position particulièrement sensible.

Que faire face à ces risques ? Il faut assurément pouvoir rassurer les personnes compétentes qui seraient disposées à assumer la responsabilité associée à une fonction aussi importante dans la vie de l'entreprise. Faute de quoi, les sociétés y perdront. De ce point de vue, couvrir (ou du moins limiter) les risques assumés personnellement par l'administrateur apparaît comme un besoin légitime. La question à laquelle cette contribution tente de répondre est la suivante : comment et dans quelle mesure le droit le permet-il ?

En première partie, nous déterminerons si et dans quelle mesure les risques associés à la fonction d'administrateur peuvent être transférés à la société et/ou aux actionnaires, notamment par le biais d'accords d'indemnisation.

La seconde partie sera consacrée à déterminer si et dans quelle mesure ces mêmes risques peuvent être transférés à un professionnel du risque, par un contrat d'assurance avec l'administrateur et/ou la société.

II. Le transfert des risques à l'actionnaire ou à la société

A. Introduction : rappel des principes de la responsabilité

L'administrateur d'une société anonyme suisse peut faire l'objet d'une action en responsabilité pour sa gestion fautive (article 754 CO). Sa responsabilité est alors personnelle, illimitée et, dans une certaine mesure en tout cas², solidaire avec celle des autres membres du conseil.

Pour qu'il soit reconnu responsable juridiquement, l'administrateur doit avoir provoqué par sa faute un dommage en relation de causalité naturelle et adéquate avec un comportement illicite³.

Hors faillite, les actions en responsabilité contre les administrateurs ne peuvent être intentées par les créanciers sociaux, sauf à démontrer l'existence d'un dommage direct à leur encontre⁴. Dans la faillite et selon la conception actuelle de

² Cf. art. 759 CO ; Xavier OULEVEY, *L'institution de la décharge en droit de la société anonyme*, Zurich 2008, p. 229.

³ Sur les conditions précises de la responsabilité, v. p. ex. François CHAUDET et al., *Droit suisse des affaires*, 3^e éd., Bâle/Bruxelles/Paris 2010, N 806 ss ; CR-CORBOZ, N 17 ss ad art. 754 CO.

⁴ CR-CORBOZ, N 9 ad art. 756 CO et N 56 ss ad art. 754 CO ; CHAUDET, *op. cit.*, N 839.

la jurisprudence, l'administrateur ne peut opposer des exceptions personnelles (consentement) ou la décharge à une action en responsabilité, quel que soit le demandeur à l'action⁵. La compensation avec les créances nées avant la faillite est toujours possible⁶.

Le droit suisse envisage donc par défaut un contexte de responsabilité où l'administrateur répond personnellement de ses actes vis-à-vis de l'ensemble des parties impliquées, sans pouvoir s'appuyer sur les instructions données par l'actionnaire principal ou le consentement de la société, de façon personnelle et illimitée : un administrateur « livré à lui-même ».

En réalité, l'administrateur prend souvent ses décisions en consultation avec les actionnaires, voire les créanciers. Par ailleurs, il devient difficile, spécialement en temps de crise, de recruter des administrateurs talentueux désireux de rejoindre des conseils, sans qu'ils demandent à être protégés ou couverts par des accords de la part des actionnaires qui les nomment ou de la société elle-même⁷.

B. L'actionnaire à la rescousse de l'administrateur

Les liens entre le conseil d'administration et les actionnaires diffèrent considérablement d'une société à l'autre. L'administrateur d'une société cotée n'aura en général que des liens ténus avec les employés et une connaissance imparfaite de la société (en tout cas en comparaison de la direction générale), mais une grande expertise de l'industrie et des risques qui y sont liés. En revanche, l'administrateur d'une société privée ou familiale sera probablement également un actionnaire important de la société et un membre de sa direction⁸.

1. L'engagement des actionnaires à couvrir le dommage

Dans les faits, la responsabilité pour la gestion fautive s'apprécie également différemment en fonction de la taille et du profil de l'entreprise. Les règles de publicité en place pour les sociétés cotées font que les processus d'assainissement ou de restructuration décidés par le conseil ne peuvent que rarement intervenir sans communication aux investisseurs, aux créanciers ou au marché. Dans une société privée en revanche, si le dommage est peu élevé, que les actionnaires sont

⁵ CHAUDET, *op. cit.*, N 899 ss et 904 s. ; OULEVEY, *op. cit.*, p. 226 ss, avec de nombreuses références, p. 227. Toutefois, selon une certaine conception de la doctrine, l'actionnaire qui intente l'action sociale oblique dans la faillite peut se voir opposer la décharge s'il y a adhéré ou s'il a acquis les actions postérieurement en connaissance de cause, cf. CHAUDET, *op. cit.*, N 901 ; OULEVEY, *op. cit.*, p. 227-228.

⁶ ATF 136 III 148 c. 2.4. et 2.5. ; CHAUDET, *op. cit.*, N 906 ; CR-CORBOZ, N 22 *ad art.* 757 CO.

⁷ Peter BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009, N 851.

⁸ V. Michel JACCARD/Viviane PREMAND, Le conseil d'administration au service des actionnaires majoritaires, RSDA/SZW 5/2010, p. 374.

représentés au conseil et que les créanciers principaux ou certains d'entre eux sont actionnaires, une situation délicate qui pourrait peut-être déboucher sur une action en responsabilité sera souvent résolue par le biais d'un assainissement par les actionnaires eux-mêmes (conversion ou abandon de leurs créances envers la société), sans publicité aucune.

Si l'administrateur ne dispose pas de cette marge de manœuvre pour améliorer lui-même la situation financière de la société (et donc par là même supprimer le dommage pour lequel la loi pourrait le tenir responsable), il pourra convaincre les créanciers autres que les actionnaires d'abandonner leurs créances⁹ ou obtenir des actionnaires un engagement à couvrir les pertes, de façon large ou uniquement celles liées à certaines opérations. Dans ce cas, les actionnaires – ou certains d'entre eux – s'engagent par écrit envers la société à prendre à leur charge le dommage lié à certaines décisions du conseil¹⁰. Un tel accord (auquel la société n'est d'ailleurs pas forcément partie) a pour effet de neutraliser toute action en responsabilité, même de la part d'un actionnaire qui n'est pas partie au contrat, puisqu'il tend à supprimer le dommage, dont la survenance est une condition nécessaire au succès de l'action¹¹.

La situation est différente si les actionnaires, au lieu de s'engager à couvrir un dommage éventuel, consentent à l'acte illicite.

⁹ La seule postposition (au lieu d'un abandon) évitera certes un dépôt de bilan obligatoire sur la base de l'art. 725 al. 2 CO, mais si la faillite est néanmoins prononcée, l'administrateur n'aura rien accompli, car il sera responsable pour l'ensemble du dommage, y compris les créances postposées. Cf. arrêt du TF 4A_478/2008 du 16 décembre 2008, c. 4.2. et 4.3 ; arrêt du TF 4A_277/2010 du 2 septembre 2010, c. 2.3.

¹⁰ ATF 95 II 320. Dans cet arrêt, un groupe d'actionnaires originaires, dont certains étaient également administrateurs originaires, avaient conclu avec leur société, en l'occurrence une banque se trouvant dans un état « critique », une convention selon laquelle les actionnaires vendaient à la banque 501 actions retenues par celle-ci à la garantie de diverses créances et lui remettaient en sus 504 actions à titre de gage pour ces mêmes créances. Cinq ans plus tard, toutes les créances en question avaient été récupérées ou payées au moyen des garanties fournies. Entre-temps, la banque avait néanmoins introduit une action en responsabilité contre un des actionnaires-administrateurs originaires. La question était donc de savoir si le paiement des actionnaires originaires, respectivement la réalisation de leurs garanties, avait libéré l'administrateur incriminé de sa responsabilité envers la société. Le TF a estimé que la société ne pouvait réclamer à l'administrateur en question la réparation du dommage, celui-ci ayant déjà été réparé par la réalisation des garanties que certains actionnaires avaient constituées en vertu de la convention passée entre eux et la société. Reconnaître la prétention de la société reviendrait à réclamer la double réparation du même dommage, ce qui est inadmissible et abusif.

¹¹ ATF 95 II 320 c. III.2.

2. *Le consentement des actionnaires à l'acte dommageable*

a) *Les principes*

Une autre mesure à disposition de l'administrateur soucieux de réduire le risque d'une action en responsabilité à son égard consiste à obtenir le consentement préalable du lésé éventuel (*volenti non fit injuria*). Selon la jurisprudence en effet¹², l'action en responsabilité est exclue si le conseil a agi avec le consentement de tous les actionnaires, si ceux-ci ont toléré, en connaissance de cause, les agissements des membres du conseil ou si le conseil n'a fait qu'exécuter une décision valable de l'assemblée. La doctrine mentionne aussi l'approbation tacite et sans réserve par les actionnaires d'un rapport annuel qui attesterait de l'existence et de la portée d'éventuels accords dégageant les administrateurs de toute responsabilité¹³. Une jurisprudence déjà ancienne, non remise en cause par la doctrine à notre connaissance¹⁴, a d'ailleurs également reconnu la validité d'accords contractuels passés entre administrateurs et actionnaires qui limitent volontairement la faculté des actionnaires d'intenter une action en responsabilité¹⁵, ou de clauses statutaires qui étendent la portée de la décharge¹⁶.

On notera toutefois que le consentement obtenu de la part des actionnaires est inefficace en cas de faillite pour contrer une action en responsabilité, selon la conception actuelle de la jurisprudence et de la doctrine majoritaire¹⁷ (sauf évidemment cas particulier de dommage direct subi par les demandeurs).

b) *La renonciation à agir*

Si le consentement des actionnaires peut donc constituer un moyen de défense intéressant pour l'administrateur (hors faillite), qu'en est-il de la renonciation explicite des actionnaires à agir en responsabilité après la survenance de l'acte dommageable ?

Rappelons d'abord que l'action intentée par un actionnaire hors faillite pour le dommage subi par la société (action oblique, article 756 CO) est très rare en pratique, notamment au motif que le demandeur supporte principalement le risque du procès¹⁸ alors que le gain éventuel est acquis à la société. Dès lors, plutôt que

¹² ATF 131 III 640 c. 4.2.1.

¹³ Daniel DAENIKER, *Kann eine schweizerische Publikumsgesellschaft ihre Organe von Verantwortlichkeitsansprüchen schadlos halten ?*, GesKR 3/2009, p. 38.

¹⁴ DAENIKER, *op. cit.*, p. 34.

¹⁵ Cité dans SAG 1950/51, p. 182 ss, repris par DAENIKER, *op. cit.*, p. 34.

¹⁶ ATF 65 II 2 c. 4c., discuté not. par DAENIKER, *op. cit.*, p. 34.

¹⁷ CR-CORBOZ, N 22 et 28 *ad art.* 757 CO ; CHAUDET, *op. cit.*, N 904.

¹⁸ L'art. 756 al. 2 CO, qui réglait la répartition des frais, a été abrogé avec l'entrée en vigueur du Code de procédure civile au 1^{er} janvier 2011 (FF 2006 6841). Toutefois, un alinéa 2 modifié, ayant la teneur suivante, « *L'assemblée générale peut décider que la société elle-même intente l'action en responsabilité. Elle peut charger le conseil d'administration ou un*

d'intenter lui-même action, l'actionnaire peut chercher à faire voter l'assemblée (dont il aura en général exigé la convocation s'il dispose de suffisamment d'actions, cf. article 699 CO). Le conseil doit-il donner suite à un vote positif de l'assemblée qui vise à entamer une action en responsabilité contre certains de ses dirigeants (qui ne sont souvent plus en place) ?

Dans un scénario inverse, le conseil – ou certains actionnaires – peuvent aussi chercher à faire voter l'assemblée afin d'obtenir un vote négatif sur la question de l'action en responsabilité. Cette renonciation à agir de la part des propriétaires de l'entreprise lie-t-elle le conseil ? Certainement pas. La renonciation des actionnaires à agir n'implique en aucun cas que le conseil fasse de même.

L'article 756 CO prévoit expressément que la société d'un côté et les actionnaires de l'autre peuvent agir, et leur confère donc un droit d'action indépendant l'un de l'autre. Les motivations peuvent être différentes, le conseil poursuivant l'intérêt de la société et les actionnaires cherchant à indemniser leur dommage, à savoir la perte de valeur de la société résultant des agissements illicites des anciens dirigeants. Comme on l'a vu, le gain n'est pas le même en cas de succès de l'action. Par ailleurs, les informations à disposition du conseil pour décider d'intenter action ne sont pas identiques à celles qui sont communiquées aux actionnaires.

Le comportement du conseil d'administration d'*UBS AG* suite aux déboires de l'établissement aux Etats-Unis dès 2007 est à cet égard riche d'enseignements. Le conseil a en effet consulté différents experts, en Suisse et à l'étranger, pour déterminer s'il y avait lieu d'intenter une action en responsabilité contre certains dirigeants (membres du conseil et cadres), pour arriver à la conclusion, en décembre 2009, non seulement qu'aucune action en responsabilité ne serait engagée¹⁹, mais aussi que le conseil s'opposerait à toute tentative des actionnaires de lancer une telle démarche judiciaire²⁰. Dans son rapport sur la transparence publié en octobre 2010, le conseil a confirmé sa position²¹.

Pour parvenir à cette conclusion, les administrateurs se sont appuyés sur de nombreux rapports d'experts²², dont il ressort notamment que²³ :

représentant de la conduite du procès », pourrait être introduit avec la modification du CO toujours en cours de discussion au Parlement (FF 2011 221).

¹⁹ V. communiqué de presse du 15 décembre 2009, http://www.ubs.com/1/f/media_overview/media_switzerland/search1/search10?newsId=173835.

²⁰ V. le rapport sur la transparence (ci-après, « Rapport sur la transparence »), disponible sur <http://www.ubs.com/1/e/transparencyreport.html> (anglais) ou <http://www.ubs.com/1/g/transparencyreport.html> (allemand), p. 58.

²¹ Rapport sur la transparence, *op. cit.*, p. 11.

²² En particulier, l'avis du Professeur Peter FORSTMOSER (ci-après, « Avis FORSTMOSER »), ég. disponible en ligne à l'adresse http://www.ubs.com/1/ShowMedia/transparencyreport?contentId=184616&name=Gutachten_en.pdf.

²³ V. Rapport sur la transparence, *op. cit.*, p. 11-12, pour un résumé des arguments en faveur et contre l'introduction d'une action, et p. 51 ss pour les développements.

- i. L'intérêt de la société (à moyen terme) doit toujours primer dans l'analyse de l'opportunité d'entamer une action en responsabilité, notamment par rapport à la volonté de rendre justice ou de punir certains comportements²⁴. Dans l'appréciation des différents facteurs, le conseil doit avoir à l'esprit notamment l'image négative d'un tel procès sur la société et le détournement des ressources de la direction générale des opérations quotidiennes²⁵, la réaction des clients et les effets sur d'autres procédures qui pourraient être intentées, en particulier à l'étranger²⁶, la durée d'un tel procès et ses coûts²⁷, ainsi que la solvabilité des défendeurs²⁸.
- ii. Si le conseil estime que l'action en responsabilité que certains actionnaires aimeraient entamer est dénuée de pertinence, il doit alors s'y opposer, et cela même si les actionnaires votent en ce sens²⁹.
- iii. Pour conduire sa réflexion, et parvenir à une décision, le conseil doit impérativement mener des investigations poussées, de façon à agir ou à s'abstenir en connaissance de cause (*informed decision*)³⁰.
- iv. La décision du conseil elle-même ne doit pas être entachée de conflits, ce qui peut impliquer la mise en place de comités de membres indépendants et, le cas échéant, l'obligation d'une ratification par un organe supérieur, à savoir l'assemblée générale³¹.

On notera enfin que dans l'affaire *UBS*, l'assurance pour la responsabilité des administrateurs en vigueur à l'époque ne prévoyait semble-t-il aucune clause d'exclusion si la société elle-même était demanderesse à l'action, ce qui évidemment n'est pas de nature à inciter le conseil à entamer un procès³².

²⁴ Avis FORSTMOSER, *op.cit.*, p. 13 ss.

²⁵ Rapport sur la transparence, *op. cit.*, p. 53 ; Avis FORSTMOSER, *op. cit.*, p. 14 et p. 23.

²⁶ Avis FORSTMOSER, *op. cit.*, p. 14 et p. 24.

²⁷ Avis FORSTMOSER, *op. cit.*, p. 21 ss.

²⁸ En l'espèce, certains des défendeurs potentiels ont « volontairement » renoncé à plus de 70 millions de compensation due en vertu de leurs contrats avec la société – somme qui, de l'avis des experts, serait de toute manière supérieure à ce qu'un procès pourrait permettre un jour de récupérer, *cf.* Avis FORSTMOSER, *op. cit.*, p. 25.

²⁹ Avis FORSTMOSER, *op. cit.*, p. 12-13.

³⁰ En l'espèce, le conseil a mandaté deux cabinets d'affaires suisses renommés, qui ont consacré plusieurs milliers d'heures à la question, ainsi qu'un cabinet américain, dont les honoraires ont atteint les 70 millions de dollars américains (Avis FORSTMOSER, *op. cit.*, p. 17 ; Rapport sur la transparence, *op. cit.*, p. 53). La question peut évidemment se poser de savoir si ces coûts ne constituent alors pas un « dommage » résultant des actes antérieurs...

³¹ DAENIKER, *op. cit.*, p. 37-38.

³² Avis FORSTMOSER, *op. cit.*, p. 25. La police d'assurance aurait depuis été modifiée...

3. *L'administrateur fiduciaire*

L'administrateur fiduciaire ou qui représente un groupe d'actionnaires aura généralement pris la précaution de signer un contrat avec ses mandants pour ce qui est de ses agissements au sein du conseil. De tels contrats, fréquents en pratique, prévoient une rémunération pour le fiduciaire, décrivent ses obligations vis-à-vis du mandant, notamment celle de suivre ses instructions, lui donnent la marge de manœuvre pour agir en l'absence d'instructions, et limitent sa responsabilité dans toute la mesure prévue à l'article 100 CO³³.

On peut toutefois imaginer, et cela paraît être une tendance, que l'administrateur vise également explicitement à se faire indemniser par son mandant en cas d'action en responsabilité dirigée contre lui alors qu'il a respecté ses obligations contractuelles³⁴. On sait en effet que l'administrateur demeure responsable au sens de l'article 754 CO indépendamment du respect de ses obligations contractuelles. En d'autres termes, le respect du contrat par le fiduciaire n'aura pas pour effet de le décharger de sa responsabilité de membre du conseil.

Un tel engagement sera valable, dans les limites du droit impératif, à savoir l'illicéité des instructions données (article 20 CO) et la faute grave et intentionnelle du mandataire (article 100 CO)³⁵. De tels contrats excluent aussi régulièrement la protection conférée si le mandant est lui-même demandeur à l'action ou si les termes du contrat de représentation n'ont pas été respectés³⁶.

4. *L'administrateur employé de l'actionnaire*

Dans un autre cas de figure, l'administrateur d'une société appartenant à un groupe est employé de la maison-mère ou d'une société sœur. La question de sa responsabilité en tant qu'administrateur est alors généralement réglée dans le détail dans son contrat de travail, qui prévoit une indemnisation, sauf cas de faute ou négligence grave, ou violation du contrat lui-même.

³³ Christina LIPS-RAUBER, Die Rechtsbeziehung zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten, Zurich/Bâle/Genève 2005 ; Georg KRNETA, Der Rechtsanwalt als Verwaltungsrat, SJZ/RSJ 97/2001, p. 292 ss.

³⁴ Un exemple de formulation d'une telle clause pourrait être : « *L'Actionnaire s'engage à indemniser l'Administrateur ou ses auxiliaires et à les relever envers la Société, de même qu'envers les tiers, de toute responsabilité liée à sa qualité d'Administrateur ou de liquidateur de la Société. L'Actionnaire prendra à sa charge tous les frais et honoraires que l'Administrateur ou ses auxiliaires pourraient encourir dans le cadre de procédures judiciaires ou arbitrales à ce propos. Le présent engagement s'applique à tous les actes commis et/ou omis par l'Administrateur ou ses auxiliaires dans le cadre de l'exercice de ses fonctions au sein de la Société, à l'exception de ceux qui constitueraient un dol ou une faute grave au sens des dispositions des articles 100 al. 1 et 101 al. 2 CO* ».

³⁵ Silvio VENTURI/Marc BAUEN, Le conseil d'administration, Zurich 2007, N 876 ss.

³⁶ Cf. art. 402 al. 2 CO, cf. DAENIKER, *op. cit.*, p. 36.

A défaut de réglementation détaillée, il est généralement admis que la règle de l'article 327a CO est applicable, en tout cas pour la prise en compte des frais de défense, même après la fin de la relation de travail liée à des accusations portées contre l'employé en raison de l'activité déployée en conformité avec les instructions de l'employeur³⁷.

C. La société à la rescousse de l'administrateur

1. La situation

Le cas de figure que nous allons à présent analyser est celui d'un administrateur non assuré, qui n'est ni actionnaire (majoritaire) ni créancier (important) de la société, qui ne peut se prévaloir du consentement des propriétaires de l'entreprise ou de leur engagement à éprouver un dommage, et est indépendant en ce sens qu'il ne représente les intérêts d'aucun actionnaire au conseil ni n'est employé de la société ou d'une entreprise affiliée.

Cet administrateur est donc livré à lui-même dans le cadre d'une action en responsabilité. S'il lui paraît illusoire de réduire de façon préventive le risque de responsabilité, il pourra au moins chercher à amenuiser les conséquences pécuniaires d'une action en responsabilité en raison de sa gestion fautive en faisant en sorte que la société elle-même l'indemnise.

Un tel transfert de risque n'est évidemment envisageable que si la relation qui lie le membre du conseil à « sa » société est de nature contractuelle, donc à la disposition des parties. Fort heureusement pour l'administrateur, cette nature contractuelle a été reconnue de longue date par la jurisprudence³⁸ puis, plus récemment, par la doctrine³⁹, à juste titre.

Les limites posées aux accords qui pourraient être passés entre le conseil et la société tiennent au respect des règles impératives, rendant ainsi nuls les accords qui contreviennent aux règles fondamentales du droit des sociétés (article 20 CO) ou suppriment toute responsabilité en cas de faute grave ou intentionnelle (article 100 CO)⁴⁰.

Concrètement, l'« accord » de la société à la limitation de la responsabilité du conseil peut découler d'une convention entre tous les actionnaires ou d'une décision de l'assemblée générale qui pourra le cas échéant être reflétée dans les statuts – devenant ainsi opposable à tous les actionnaires, présents ou futurs.

³⁷ Philippe CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, Zurich 2009, p. 256-257 ; Rémy WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd., Berne 2008, p. 282 ; DAENIKER, *op. cit.*, p. 37.

³⁸ ATF 65 II 2, discuté notamment par DAENIKER, *op. cit.*, p. 34 (extension de la portée de la décharge par rapport au régime légal possible vu la nature contractuelle de la relation entre le conseil d'administration et les actionnaires).

³⁹ DAENIKER, *op. cit.*, p. 35, avec références.

⁴⁰ DAENIKER, *op. cit.*, p. 34 et 37.

A titre d'exemple, on reproduira l'article 24 alinéa 3 des statuts de la société *Transocean AG* à Zoug (dans leur version anglaise) :

« *The Company shall indemnify and hold harmless, to the fullest extent permitted by law, the existing and former members of the Board of Directors and officers, and their heirs, executors and administrators, out of the assets of the Company from and against all threatened, pending or completed actions, suits or proceedings – whether civil, criminal, administrative or investigative – and all costs, charges, losses, damages and expenses which they or any of them, their heirs, executors or administrators, shall or may incur or sustain by or by reason of any act done or alleged to be done, concurred or alleged to be concurred in or omitted or alleged to be omitted in or about the execution of their duty, or alleged duty, or by reason of the fact that he is or was a member of the Board of Director or officer of the Company, or while serving as a member of the Board of Director or officer of the Company is or was serving at the request of the Company as a director, officer, employee or agent of another corporation, partnership, joint venture, trust or other enterprise ; provided, however, that this indemnity shall not extend to any matter in which any of said persons is found, in a final judgment or decree of a court or governmental or administrative authority of competent jurisdiction not subject to appeal, to have committed an intentional or grossly negligent breach of his statutory duties as a member of the Board of Director or officer.* »⁴¹.

Il peut également s'agir d'un véritable accord d'indemnisation, négocié entre la société et l'administrateur (*indemnity/indemnification agreement*). La conclusion d'un tel accord est fréquemment demandée, et parfois exigée, par un investisseur étranger, anglo-saxon notamment, lors d'une prise de participation dans une société suisse qui lui confère un siège au conseil d'administration.

2. *L'accord d'indemnisation*

a) *Contenu, étendue et limites usuelles*

Un accord d'indemnisation typique définit les cas et l'étendue de l'indemnisation, et décrit dans le détail les procédures à suivre pour obtenir une telle indemnisation⁴².

Le rédacteur doit être attentif. Dans les cas d'indemnisation par exemple, il s'agit de couvrir non seulement les cas de gestion fautive de l'article 754 CO, mais également les situations où le fondement de la responsabilité est différent (article 678 CO, article 41 CO). Selon l'activité de la société, on peut également envisager de couvrir le risque d'une action en responsabilité en application du droit étranger. Certains accords vont jusqu'à inclure dans le périmètre de l'indemnisation les

⁴¹ Ces statuts peuvent être consultés sous : <http://phx.corporate-ir.net/External.File?item=UGFyZW50SUQ9OTY0Mzh8Q2hpbGRJRD0tMXxUeXBIPtM=&t=1>.

⁴² Comme exemple, v. l'accord pour *Logitech International SA*, disponible dans la base de données EDGAR de la SEC, sous : <http://sec.edgar-online.com/logitechinternational-sa/20-f-annual-and-transition-report-foreign-privateissuer/2003/05/21/section43.aspx>.

actions à caractère pénal, de droit fiscal ou de droit social, au-delà des plaintes purement commerciales⁴³.

Il faut aussi se poser la question de savoir si l'administrateur peut bénéficier du contrat d'indemnisation dans les seuls cas où il est défendeur à une action judiciaire, ou également dans les situations où il fait l'objet d'une enquête officielle ou est amené à témoigner, devant une autorité judiciaire ou politique.

En règle générale, l'indemnisation couvre l'ensemble du dommage, y compris les frais de procès, d'experts et d'avocats, ainsi que les frais liés à la préparation des témoignages dans le cadre d'investigations. Sous réserve de l'avance des frais⁴⁴, l'administrateur n'est indemnisé qu'en cas de jugement définitif et exécutoire ou, parfois, de transaction extrajudiciaire, qui doit alors être approuvée par la société.

L'exclusion la plus courante touche à la faute grave de l'administrateur⁴⁵. A noter que dans plusieurs contrats proposés par des administrateurs anglo-saxons, le critère est plutôt celui de l'agissement de bonne foi dans les intérêts de la société⁴⁶, une faute légère étant alors, selon les cas, à même d'exclure toute prétention en indemnité.

L'indemnisation sera aussi subsidiaire à la couverture qu'une assurance peut fournir, et impossible si la société elle-même est demanderesse à l'action.

D'autres problèmes liés à l'accord d'indemnisation exigent une rédaction attentive. Premièrement, il est utile de déterminer précisément le point de départ de l'indemnisation. En général, il s'agira d'un acte illicite antérieur à l'entrée en vigueur de l'accord. Aussi, il faut se demander ce qu'il en est de l'accord d'indemnisation en cas de changement de contrôle ou d'acquisition de la société. Régulièrement, l'administrateur en place/le vendeur se protégera par un engagement de l'acheteur à voter la décharge (protection positive) ou à ne pas l'attaquer en responsabilité (protection négative). Dans certains cas, une protection spécifique sera demandée par l'administrateur en place/le vendeur avant l'acquisition, portant au maintien de la protection existante par l'accord d'indemnisation.

Plus délicate est la question de savoir qui est chargé de déterminer si les agissements en question sont couverts par le contrat d'indemnisation. Il nous semble nécessaire que le conseil prenne une décision informée, après avoir procédé aux vérifications qui s'imposent, voire qu'il confie cette décision à un organe indépendant. Or, ces vérifications peuvent engendrer des coûts importants⁴⁷.

⁴³ Cf. art. 24 al. 3 des statuts de *Transocean AG*, retranscrit ci-dessus.

⁴⁴ Cf. *infra*.

⁴⁵ VENTURI/BAUEN, *op. cit.*, N 869.

⁴⁶ En droit anglo-saxon, les limites de l'indemnisation se définissent en fonction de la *business judgment rule*.

⁴⁷ V. *supra* l'exemple d'*UBS*, n. 30.

A noter également que la grande faiblesse de l'accord, indépendamment de son contenu, est qu'il est inutile en cas de faillite, le débiteur étant par définition insolvable⁴⁸. Serait-il par ailleurs possible d'intenter une action révocatoire au sens de la LP si l'accord d'indemnisation a été conclu juste avant la survenance du problème ou de la faillite ? Dans ce cas, la conclusion de l'accord pourrait même venir renforcer la responsabilité de l'administrateur, car elle serait une preuve indirecte de la mauvaise gestion exercée par celui-ci.

Il existe aussi un problème évident de conflit d'intérêts et de double représentation, qui pourra cependant être résolu selon les règles développées par la jurisprudence⁴⁹ et la doctrine⁵⁰.

b) *La prise en charge des frais de défense*

Un des soucis immédiats de l'administrateur pris dans la tourmente sera d'assurer le financement de ses frais de défense, notamment des honoraires d'avocats et d'experts. L'administrateur peut-il se tourner vers la société et le prévoir dans l'accord d'indemnisation ?

Les auteurs s'accordent à considérer qu'il est dans l'intérêt de la société d'avancer les frais de procès de l'administrateur impliqué, sous la forme d'un prêt, au vu notamment de la difficulté (grandissante) à trouver et à convaincre des administrateurs de qualité de rejoindre des conseils⁵¹. Le prêt pourrait même être conclu sans intérêt, en tout cas si la société n'est elle-même pas demanderesse et que les actes reprochés ne constituent pas une faute grave, ou qu'il n'est pas très probable que l'action aboutisse à une condamnation⁵².

La question du remboursement est plus délicate. La société ne peut d'emblée y renoncer, quelle que soit l'issue de la procédure engagée⁵³. Il s'agirait alors d'un don, et certainement de l'octroi d'un avantage contraire à l'article 678 CO⁵⁴. Selon la doctrine autorisée, la société pourrait cependant renoncer au remboursement en cas de transaction judiciaire ou extrajudiciaire (sans reconnaissance de responsabilité)⁵⁵.

Si tous les auteurs s'accordent à considérer que le remboursement s'impose en cas de faute grave ou intentionnelle, certains estiment que ce sera aussi le cas en présence d'une faute légère, en tout cas pour les sociétés cotées, au motif que l'on accepte généralement qu'elles puissent renoncer à une action en responsabilité⁵⁶.

⁴⁸ VENTURI/BAUEN, *op. cit.*, N 868.

⁴⁹ ATF 127 III 332 c. 2 ; ATF 126 III 361 c. 3.

⁵⁰ V. DAENIKER, *op. cit.*, p. 37;38.

⁵¹ BÖCKLI, *op. cit.*, N 855 ; VENTURI/BAUEN, *op. cit.*, N 871.

⁵² BÖCKLI, *op. cit.*, N 856.

⁵³ DAENIKER, *op. cit.*, p. 33-34.

⁵⁴ BÖCKLI, *op. cit.*, N 857.

⁵⁵ BÖCKLI, *op. cit.*, N 859.

⁵⁶ BÖCKLI, *op. cit.*, N 858a ; DAENIKER, *op. cit.*, p. 34.

La solution doit s'apprécier au cas par cas, dans la mesure où il est probable que toute action puisse mettre en lumière un manquement, même minime⁵⁷.

III. Le transfert des risques à l'assureur

A. Une pratique admise et répandue

Dans un domaine où la jurisprudence est presque inexistante, la doctrine suisse est parvenue à un consensus sur les points suivants :

- Une société peut assurer ses administrateurs contre les conséquences financières d'une action en responsabilité⁵⁸ ;
- Les primes de l'assurance responsabilité peuvent être payées par la société⁵⁹ ;
- Les primes d'assurance payées par la société sont une charge déductible pour cette dernière⁶⁰. Il n'y a pas lieu de requalifier la prime en prestation en dividende ou encore en salaire, selon les relations que l'administrateur entretient avec la société⁶¹.

Ce consensus se base sur une considération pratique : les sociétés suisses doivent pouvoir attirer des administrateurs compétents, qui dans l'environnement rappelé en introduction, réfléchiront à deux fois avant d'accepter une telle fonction et les risques qui y sont associés⁶². Une fois le mandat accepté, il est par ailleurs essentiel de leur permettre de prendre des risques raisonnables dans la poursuite de ce qu'ils considèrent être le bien de la société. Lorsqu'ils exercent leurs compétences, les administrateurs doivent être mis en condition de penser aux intérêts de l'entreprise plutôt qu'aux leurs⁶³. Enfin, en cas d'éventuelles actions en responsabilité dirigées contre eux, ceux-ci doivent pouvoir continuer de rester concentrés sur leurs tâches ; à cet égard, une assurance incluant une protection juridique contribuera à leur tranquillité d'esprit⁶⁴.

⁵⁷ BÖCKLI, *op. cit.*, N 863.

⁵⁸ V. not. Max HALLER, *Organhaftung und Versicherung*, 2008, N 433 ; BÖCKLI, *op. cit.*, N 868 ; DAENIKER, *op. cit.*, p. 382.

⁵⁹ BÖCKLI, *op. cit.*, N 875 ; HALLER, *op. cit.*, N 419.

⁶⁰ BÖCKLI, *op. cit.*, N 875 ; HALLER, *op. cit.*, N 419.

⁶¹ HALLER, *op. cit.*, N 419.

⁶² BÖCKLI, *op. cit.*, N 851.

⁶³ Daniel DAENIKER, *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, in *Festschrift für Peter Fortsmoser*, 2003, p. 524.

⁶⁴ Daniel DAENIKER, *Kann eine schweizerische Publikumsgesellschaft ihre Organe von Verantwortlichkeitsansprüchen schadlos halten ?*, in *GesKR 3/2009*, p. 378.

Comme nous l'avons vu, (r)assurer les administrateurs est d'autant plus nécessaire que la responsabilité pour leur gestion est illimitée⁶⁵, et qu'ils ne peuvent davantage transférer leurs tâches (et la responsabilité qui va de pair) aux actionnaires ou au management de la société, à la notable exception de la gestion opérationnelle, moyennant un règlement d'organisation en bonne et due forme⁶⁶.

La couverture par des professionnels des risques encourus par les administrateurs est aujourd'hui une pratique répandue en Suisse. Ce sont surtout les sociétés cotées et les groupes de sociétés qui assurent leurs organes, administrateurs et dirigeants. De leur côté, les « professionnels » des conseils d'administration exigent souvent une assurance responsabilité comme préalable à leurs activités d'administrateurs⁶⁷.

B. Assureurs et appréciation des risques

Si les assurés potentiels sont pléthore, le cercle des assureurs est encore restreint⁶⁸.

La raison en est peut-être la difficulté à quantifier concrètement les risques couverts. C'est un exercice par essence difficile pour des compagnies qui assurent la responsabilité civile. Dans le cas de dommages causés par un administrateur à des tiers, la difficulté est encore plus grande vu le caractère protéiforme que peut prendre la responsabilité associée à une telle fonction⁶⁹. Du fait que, souvent, les administrateurs sont appelés en cause dans le cadre de faillites, la conjoncture économique est par ailleurs un facteur déterminant pour l'appréciation du risque ; or, par définition, ce facteur est largement imprévisible.

Pour cerner leur propre risque, les assureurs évaluent le « risque entreprise » de l'assuré sur la base d'un questionnaire⁷⁰. Les éléments suivants seront en général prééminents dans la fixation du profil des risques :

⁶⁵ Seules l'Allemagne (§ 323 al. 2 HGB) et l'Autriche (§ 275 al. 2 HGB) ont adopté une limitation légale du plafond de la responsabilité pour les réviseurs uniquement. La Suisse, dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme en cours, a renoncé à l'introduction d'un art. 759 al. 1^{bis} P CO qui prévoyait la limitation de la responsabilité des réviseurs à des montants de CHF 10 Mio, respectivement CHF 25 Mio pour les sociétés cotées en bourse ou d'une certaine importance économique (FF 2008 p. 1513). Une limitation de la responsabilité des administrateurs n'est donc pas d'actualité en Suisse. V. aussi : Hans Caspar VAN DER CRONE, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in RSDA/SZW 1/2006, p. 3.

⁶⁶ Art. 716b CO.

⁶⁷ Certaines études d'avocats imposent à leurs associés d'être assurés contre de tels risques par la société administrée ou par l'assurance responsabilité civile de l'étude, avant de pouvoir accepter un mandat d'administrateur.

⁶⁸ Des discussions avec des courtiers, il ressort que trois ou quatre assureurs sont actifs sur ce marché en Suisse, pas davantage.

⁶⁹ Peter BÖCKLI parle de *moving target* ; BÖCKLI, *op. cit.*, N 870.

⁷⁰ Ce questionnaire concrétise l'obligation d'information posée à l'art. 4 LCA.

- Total du bilan. L'assureur met en relation le niveau des risques encourus par l'administrateur avec le montant résultant du bilan (consolidé) de la société. Le montant des primes aura tendance à croître en fonction du total du bilan.
- Nombre d'exercices clôturés. En général, les assureurs exigent trois exercices clôturés pour l'octroi d'une couverture. Les start-ups sont donc en principe exclues du champ de l'assurance.
- Cotation des actions. Les primes seront plus élevées si les actions de la société sont négociées en bourse.
- Secteur d'activité de la société. Certains types d'activités exposent les administrateurs à des risques plus grands. Sont notamment considérés comme plus risqués les fiduciaires, les centres hospitaliers, les entreprises pharmaceutiques ou biotechnologiques, les banques et autres sociétés financières⁷¹.
- Existence de filiale hors de Suisse. Nous verrons ci-après que les assurances conclues par la maison-mère couvrent également les risques liés aux administrateurs siégeant dans les filiales.
- Absence de certains événements dans la vie récente de l'entreprise. Il en va ainsi des fusions, acquisitions ou restructurations.
- Santé financière de la société en général. Les assureurs mesurent cette santé en se fondant notamment sur la récurrence des bénéfices, certains ratios de liquidité ou encore le ratio de fonds propres.

Le preneur d'assurance veillera à remplir le formulaire relatif au profil de risques de l'entreprise de façon correcte, faute de quoi il pourrait se voir opposer un cas de réticence⁷². A cet égard, ce dernier est fondé à ne donner que les informations requises dans le questionnaire, réputé exhaustif. Il n'a pas d'obligation d'anticiper des questions qui auraient dû être posées⁷³.

Compte-tenu de la difficulté à quantifier les risques couverts, les polices sont renouvelables d'année en année, permettant aux assureurs de réagir aux facteurs nouveaux qui modifient l'appréciation des risques⁷⁴. L'assureur peut ainsi décider d'augmenter la prime ou de réduire la couverture, à dates régulières.

C. Les polices *D&O* et les autres produits

Les risques pour les cas de responsabilité de l'administrateur peuvent être couverts par différentes polices. L'assurance dite *Directors and Officers* (« *D&O* »)

⁷¹ Dans son rapport « *EMEA Insurance Market Report, January to June 2009* », l'assureur MARSH fait état d'une augmentation significative des primes des assurances *D&O* au premier semestre 2009 pour les institutions financière en Suisse et en Europe, suite à la crise des *sub-primes*.

⁷² Art. 6 ss LCA.

⁷³ Daniel BANDLE, L'assurance *D&O*, Zurich 1999, N 233.

⁷⁴ BÖCKLI, *op. cit.*, N 876c.

consiste en une police souscrite par la société au bénéfice des membres du conseil d'administration et des membres du management de la société et, cas échéant, de ses filiales. Le preneur d'assurance peut également être l'administrateur lui-même, pour la couverture de son activité. Il est possible de cumuler les prestations de cette assurance avec celles de l'assurance *D&O* en cas de sinistre. Un troisième type de police est envisageable : les assurances responsabilité professionnelle complémentaires conclues par une société, dont le but est de couvrir ses membres pour des mandats d'administrateurs qu'ils exercent à l'extérieur (*Outside Directorship Liability*)⁷⁵. Les sociétés d'avocats ou de fiduciaires recourent parfois à ce type de produits.

La police d'assurance *D&O* est le modèle le plus répandu. Elle est étudiée pour répondre au besoin d'une société qui souhaite attirer des personnes compétentes (ses employés ou des tiers) aux fonctions d'administration et de direction de la société et de ses filiales. Comme nous le verrons, elle permet non seulement d'assurer ses dirigeants contre les conséquences financières résultant de préjudices économiques causés à des tiers⁷⁶, mais aussi de financer la défense des dirigeants, voire des campagnes en vue de restaurer leur réputation.

Pour donner un ordre de grandeur, la couverture d'une police *D&O* standard oscille entre CHF 500'000.- et CHF 5 millions pour les PME et entre CHF 10 et CHF 20 millions pour les grandes sociétés. Elle peut atteindre CHF 50 millions pour une société cotée. Les primes, quant à elles, se situent entre 4 et 5% du montant de la couverture. Il s'agit donc une assurance chère et, par voie de conséquence, inaccessible pour certaines sociétés⁷⁷.

Dans ce qui suit, nous ne traiterons que de l'assurance *D&O*.

D. Sujet et objet de l'assurance *D&O*

Le cercle des personnes assurées est large. C'est là un des avantages de la police d'assurance *D&O*. Les assurés sont les membres actuels, anciens et futurs du conseil d'administration, de la direction et de l'organe de révision, ainsi que les employés occupant une position d'organe de fait⁷⁸. Souvent même, l'assureur couvre également les mandats d'administrateur hors des sociétés du groupe qui a souscrit l'assurance *D&O*, pour autant que ces mandats soient connus de l'employeur et que ce dernier les ait acceptés⁷⁹.

⁷⁵ BÖCKLI, *op. cit.*, N 872.

⁷⁶ Thomas M. MANNSDORFER, Die sonstigen, übrigen oder allgemeinen Bestimmungen in der D&O-Versicherung, HAVE 2010, p. 224.

⁷⁷ Comparer BÖCKLI, *op. cit.*, N 876a.

⁷⁸ BAUEN/BERNET/ROUILLER, La société anonyme suisse, Zurich 2007, N 600.

⁷⁹ Des réserves sont parfois faites dans ce domaine, notamment s'agissant de mandats d'administrateurs de sociétés aux Etats-Unis.

L'assurance s'adressant en particulier aux groupes internationaux, la police est souvent rédigée en anglais. Le terme *wrongdoing* est régulièrement utilisé pour décrire les cas de responsabilité de l'administrateur couverts par la police. Cette terminologie anglo-saxonne se réfère à la responsabilité pour des actes contraires au droit. L'assureur supporte les dommages résultant d'actes qui sont en violation de la loi ou des statuts. Un acte qui peut se révéler inopportun n'entre pas dans la couverture d'assurance s'il a été exécuté de manière conforme aux règles de droit qui circonscrivent la responsabilité de l'administrateur⁸⁰. Dans cette perspective, la bonne ou mauvaise gestion s'apprécie en fonction des informations dont disposait l'administrateur au moment de prendre sa décision⁸¹.

Parmi les actes contraires au droit entraînant une responsabilité de l'administrateur, tous ne sont pas couverts. Il faut à cet égard se référer aux conditions de l'assurance *D&O*. Celles-ci ne se « calent » pas sur les chefs de responsabilité prévus par le droit suisse et ne font que très rarement référence aux dispositions légales relatives aux devoirs et responsabilités des administrateurs. Un examen attentif de la police est nécessaire pour déterminer ce qui est couvert et ce qui échappe aux mailles du filet. Les cas de responsabilité fondés sur l'article 754 CO sont systématiquement pris en charge par l'assureur. On voit mal qu'un assureur exclue de sa police les actes accomplis par les administrateurs dans l'administration, la gestion et la liquidation de la société, sauf à faire perdre à son produit toute attractivité. En général, la responsabilité spéciale des administrateurs dans les opérations de fusions, scissions, transformations ou transferts de patrimoine (article 108 alinéa 1 LFus) est aussi couverte. C'est également le cas de la responsabilité pour les actes commis dans l'exercice de la fonction d'administrateur qui ouvrent la voie à une action fondée sur l'article 41 CO, notamment la violation des normes de la société conçues exclusivement pour protéger le créancier.

La responsabilité pour les actes de fondation (article 753 CO) est aussi couverte. Le problème est ici pratique : le preneur d'assurance ne disposera pas d'une couverture dans les premières années de sa vie, comme nous l'avons vu. La police couvrira cependant les actes des administrateurs en relation avec la fondation des filiales du preneur d'assurance.

Deux chefs de responsabilité importants échappent souvent à la couverture d'assurance. L'assureur cherchera à exclure le risque lié à la responsabilité pour le prospectus d'émission (article 752 CO). Les dommages causés aux investisseurs par suite d'informations inexactes peuvent être considérables. Il convient d'examiner les conditions d'assurance avec une attention particulière au moment de

⁸⁰ Daniel DAENIKER, *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, in *Festschrift für Peter Fortsmoser*, 2003, p. 523-524.

⁸¹ VAN DER CRONE, *op. cit.*, p. 6. En principe, la décision du conseil d'administration sera fondée en droit si les administrateurs l'ont prise en respectant certaines conditions – décision basée sur des informations suffisantes, soutenable au regard des intérêts de la société, prise en l'absence de conflit d'intérêts – appréciées au moment où la décision est prise (*Business Judgment Rule*).

souscrire à la police *D&O*. La responsabilité des administrateurs fondée sur le droit public n'est en principe pas couverte. Ainsi, l'assurance *D&O* ne sera d'aucun secours lorsque la société ne s'est pas acquittée des impôts⁸² ou encore des cotisations sociales⁸³ et que les administrateurs assument une responsabilité personnelle de ce chef.

En tant qu'assurance responsabilité civile, l'assurance *D&O* octroie une couverture contre les prétentions en dommages-intérêts formulées contre les personnes assurées sur la base des chefs de responsabilité civile examinés ci-dessus. Elle indemnise les préjudices de fortune uniquement, c'est-à-dire des dommages quantifiables pécuniairement et ne résultant pas d'atteintes à la santé (dommages corporels) ou de destruction, d'endommagement ou de perte de choses (dommages matériels)⁸⁴.

Un des grands avantages de l'assurance *D&O* est qu'elle ne se limite pas à une assurance responsabilité civile. Elle comprend en particulier un volet de protection juridique, pour les frais de défense de l'administrateur liés à une prétention de tiers, justifiée ou non. Nous y reviendrons. L'assurance peut également s'étendre à la prise en charge des frais occasionnés par la réhabilitation d'un administrateur, par exemple les honoraires d'un cabinet mandaté pour restaurer la réputation de l'administrateur attaqué par une campagne de presse.

E. La couverture dans le temps

Comme mentionné précédemment, les polices d'assurance sont conclues pour une durée limitée à une année⁸⁵. Le contrat prévoit en général un renouvellement tacite de la police, avec une faculté de résiliation de part et d'autre avec trois mois de préavis. Le renouvellement automatique a lieu pour des périodes d'une année, la loi ne permettant pas davantage (article 47 LCA)⁸⁶.

La fenêtre de temps pour faire valoir le sinistre est étroite. C'est en effet le système du *claim made* qui prévaut en matière de réclamation au titre des polices *D&O*⁸⁷. Selon ce système, il ne suffit pas que l'acte de l'administrateur générateur de responsabilité intervienne pendant la période effective d'assurance⁸⁸; il faut encore que le tiers fasse valoir sa prétention en responsabilité contre l'assuré (*claim*) pendant ladite période. La définition de *claim* est comprise assez largement: une lettre faisant état d'une demande à un organe de la société et

⁸² Art. 55 al. 1 LIFD; Art. 15 al. 1 LIA; Art. 15 al. 1 let. e et f LTVA.

⁸³ ATF 114 V 219.

⁸⁴ BAUEN/BERNET/ROUILLER, *op. cit.*, N 599.

⁸⁵ BÖCKLI, *op. cit.*, N 876c.

⁸⁶ BANDLE, *op. cit.*, N 706.

⁸⁷ BANDLE, *op. cit.*, N 691; BÖCKLI, *op. cit.*, N 892.

⁸⁸ BANDLE, *op. cit.*, N 697.

contenant une allégation de responsabilité de l'administrateur est en principe suffisante⁸⁹.

Des aménagements sont cependant prévus, qui atténuent la rigueur de ce système. La période effective d'assurance peut ne pas correspondre à la durée du contrat (une année, en admettant que la police n'est pas prolongée). Ainsi, une extension de la période d'assurance au-delà de la durée contractuelle est possible. Les polices recourent aux termes de *reporting period* ou encore *discovery period*⁹⁰. Par ces mécanismes, l'assureur tolère que le tiers fasse valoir sa prétention pendant un certain laps de temps après l'échéance du contrat. A l'expiration de cette période de « grâce », l'assuré n'est plus habilité à signaler un sinistre. Une telle extension est accordée gratuitement ou contre paiement d'une prime supplémentaire. Gratuite, elle est en général de 30 ou 60 jours.

Les assurés sont aussi encouragés à négocier une date de continuité ou *continuity date*. Ce concept exprime la faculté donnée à l'assureur de prendre comme date de référence la date de la première police conclue. Tous les événements qui surviennent à partir de cette date sont alors compris dans la couverture de la police en cours au moment où la prétention du tiers est soulevée. La possibilité de négocier une date de continuité lors du transfert chez un autre assureur existe, mais elle a en général un prix. La date de référence sera alors la date d'entrée en vigueur de la première police chez le premier assureur. Dans un tel cas, c'est une forme de couverture rétroactive qui est activée.

Malgré ces aménagements, il n'est pas rare que la couverture dans le temps se révèle insuffisante. L'acte fautif de l'administrateur peut ne pas produire ses effets dommageables immédiatement, et du temps peut s'écouler avant que le tiers lésé ne réalise son dommage. Ce dernier se livrera souvent à des actes d'investigations, sollicitera peut-être des consultations juridiques, avant de notifier sa prétention à l'administrateur visé. Et les délais de prescription légaux sont tels que le tiers lésé pourra prendre le temps de l'analyse avant de procéder à un acte interruptif de prescription, sous réserve bien entendu d'une responsabilité fondée sur un acte illicite (article 60 CO). Pour rappel, le délai de prescription des actions en responsabilité fondées sur le droit des sociétés et la LFus est de cinq ans à compter du jour où le lésé a connaissance du dommage, sous réserve du délai absolu de dix ans depuis le fait dommageable⁹¹.

F. La couverture spatiale

Si la couverture est limitée dans le temps, elle ne l'est pas dans l'espace. Les polices d'assurance D&O s'étendent en principe au monde entier⁹².

⁸⁹ MANNSDORFER, *op. cit.*, p. 234 ; BANDLE, *op. cit.*, N 694.

⁹⁰ BANDLE, *op. cit.*, N 708.

⁹¹ Art. 760 CO.

⁹² BÖCKLI, *op. cit.*, N 876 ; VAN DER CRONE, *op. cit.*, p. 4.

Cette couverture spatiale illimitée est nécessaire, dès lors qu'une majorité des clients de l'assureur sont des groupes de sociétés basés en Suisse mais ayant une forte présence à l'international. Cela permet de couvrir les mandats des administrateurs des filiales à l'étranger, voire, comme nous l'avons vu, des mandats auprès de sociétés étrangères hors groupe, annoncés à l'employeur.

Le principe comporte une exception : l'Amérique du Nord⁹³. Les assureurs n'ignorent rien de l'activisme judiciaire qui sévit sur le territoire des Etats-Unis en particulier. Systématiquement ou presque, les contrats d'assurance prévoient un régime particulier pour ce qu'ils appellent les *US Claims*. Par cette expression, il faut entendre les prétentions soulevées devant une juridiction nord-américaine (Etats-Unis, Canada), mais aussi les prétentions fondées sur le droit américain ou canadien⁹⁴. Les *US Claims* ne sont pas forcément exclues purement et simplement de l'assurance. Selon les polices et les choix faits par l'assuré, la couverture des *US Claims* se traduira par une limitation des prestations assurées et/ou des primes supplémentaires et/ou une franchise plus importante.

G. La notion de faute

S'agissant de la responsabilité civile de l'administrateur, la police d'assurance *D&O* couvre bien entendu la négligence légère. Les assureurs renoncent en général à se prévaloir de l'article 14 alinéa 2 LCA et incluent également la négligence grave dans les polices⁹⁵. C'est un des grands avantages d'une couverture du risque administrateur par la voie de l'assurance, plutôt que par un accord d'indemnisation. Comme on le sait, est nulle toute disposition d'un accord d'indemnisation qui tendrait à libérer d'avance l'administrateur de sa responsabilité pour faute grave (article 100 alinéa 1 CO).

La faute intentionnelle de l'administrateur, elle, n'est pas couverte, pas plus que – comme l'expriment les polices *D&O* – « les actes ou omissions ayant conduit à un profit ou un avantage indu ».

Les conditions d'assurance excluent également les comportements pénalement qualifiables⁹⁶. Cela n'ajoute rien à l'exclusion pour faute intentionnelle, s'agissant de la plupart des comportements pénaux, qui supposent de l'administrateur une intention délictuelle ; ainsi des faux renseignements sur des entreprises commerciales (article 152 CP), de la gestion déloyale (article 158 CP) ou encore de la diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers (article 164 CP). Par contre, dans le cas de la gestion fautive (article 165 CP), l'exclusion pour faits

⁹³ BANDLE, *op. cit.*, N 660.

⁹⁴ BAUEN/BERNET/ROUILLER, *op. cit.*, N 605 ; *Contra* BÖCKLI, *op. cit.*, N 888.

⁹⁵ BÖCKLI, *op. cit.*, N 876 et 891.

⁹⁶ BÖCKLI, *op. cit.*, N 878.

pénalement qualifiables peut être déterminante, dans la mesure où une négligence grave peut suffire à qualifier de délictuel le comportement de l'administrateur⁹⁷.

Pour rappel, l'assurance ne prend jamais en charge les obligations monétaires à caractère pénal ou quasi pénal. En particulier, l'administrateur ne sera pas indemnisé pour les éventuelles amendes auxquelles il serait condamné, qu'elles trouvent leur fondement dans le Code pénal ou dans les dispositions pénales de lois fédérales qui sanctionnent des actes pouvant être commis dans l'exercice de la fonction d'administrateur. En tout état, au vu de leur caractère éminemment personnel, le droit suisse n'admettrait pas que les peines infligées à l'auteur d'une infraction soient *in fine* assumées par une assurance.

H. Les frais de défense

Selon les courtiers en assurance, les frais de défense constituent la vaste majorité des sinistres annoncés aux assureurs *D&O*. C'est dire l'importance que la protection juridique revêt dans les prestations fournies par l'assurance *D&O*.

Toutes les assurances *D&O* offrent une protection juridique⁹⁸. Mais les contours et les conditions de l'assurance sur ce point peuvent varier. En général, la couverture comprend les frais de justice, les honoraires d'avocats, les honoraires d'experts et les autres dépenses nécessaires à la défense des droits de l'assuré dans le cadre du procès⁹⁹. En revanche, les assureurs n'offrent pas de dédommagement pour le travail fourni par l'administrateur dans le cadre de sa défense, ni pour les ressources engagées par la société à l'interne pour assurer sa défense.

La protection juridique s'étend aussi aux procédures administratives et pénales. A propos des procès pénaux, on constate que le tiers lésé est souvent tenté de qualifier pénalement les actes des administrateurs, afin de profiter des moyens d'investigation de l'autorité pénale et de récolter des preuves difficiles à apporter autrement¹⁰⁰; d'où l'importance de la protection juridique au pénal également.

Il arrive que la couverture pour frais de défense soit limitée aux prétentions injustifiées, l'assurance ne les prenant pas en charge si l'assuré devait succomber devant les tribunaux. C'est notamment le cas pour les prétentions fondées sur des chefs de responsabilités qui sont exclus du champ de l'assurance, ainsi les prétentions relevant du droit public.

La couverture des frais de défense est conditionnée à l'obtention de l'accord préalable de l'assureur. Les conditions d'assurance prévoient le plus souvent une limite à ce qui est « raisonnable », permettant notamment de ne pas assumer la

⁹⁷ ATF 115 IV 38, c. 2.

⁹⁸ VAN DER CRONE, *op. cit.*, p. 5; BAUEN/BERNET/ROUILLER, *op. cit.*, N 603.

⁹⁹ MANNSDORFER, *op. cit.*, p. 225.

¹⁰⁰ BÖCKLI, *op. cit.*, N 889.

part des honoraires d'avocats jugée excessive. A cet égard, il n'est pas inutile de préciser que les frais de défense diminuent d'autant la somme assurée : il peut ainsi arriver qu'il ne reste rien pour indemniser une éventuelle prétention en dommages-intérêts d'un tiers, par hypothèse fondée¹⁰¹.

La protection juridique des assurances *D&O* offre par ailleurs deux avantages essentiels pour l'administrateur mis en cause. D'abord, elle ne fait pas l'objet d'une franchise (contrairement au volet responsabilité civile) ; ensuite, les frais de défense sont en général avancés par l'assureur. Si tel n'était pas le cas, la protection juridique perdrait beaucoup en efficacité. Il n'est pas exclu que l'assuré soit dans l'obligation de rembourser au terme de la procédure concernée, lorsque la protection juridique est soumise à une condition, par exemple le fait que la prétention soulevée en justice soit infondée¹⁰².

Un point important doit être relevé en conclusion. En principe, l'avance des frais n'est pas possible tant que le (prétendu) lésé n'a pas fait valoir sa prétention en dommages-intérêts. Cela peut poser problème. L'administrateur, dans un cas de responsabilité civile potentielle, pourrait vouloir avoir recours à des avocats ou des experts « en amont » de la prétention du tiers, notamment pour déterminer l'existence et l'ampleur de sa responsabilité et anticiper ses moyens de défense. De tels frais ne seront pas couverts, sauf si, moyennant un surcoût, le preneur d'assurance a obtenu une extension de la couverture à cet effet. Dans un tel cas, la faculté est donnée à l'assuré de faire une notification anticipant les prétentions du tiers, l'assureur exigeant par ailleurs qu'il démontre la vraisemblance de la menace qui pèse sur lui.

I. Les cas de faillite

Le prononcé de la faillite représente souvent le moment où des griefs contre l'administrateur, jusque-là « à l'état latent », vont s'exprimer et conduire à des actions judiciaires¹⁰³. C'est le moment où le besoin d'assurance se fait le plus sentir.

Il se trouve que, selon le régime ordinaire des assurances contre les dommages, le contrat d'assurance prend fin automatiquement à la date d'ouverture de la faillite du preneur d'assurance, soit la société dans les polices *D&O* (article 55 LCA).

Il est vrai que la majorité des cas de responsabilité portés devant les tribunaux après la faillite concernent des actes commis avant cette dernière, notamment dans la période difficile que traverse la société, en rapport avec les avis obligatoires prévus à l'article 725 CO. Cela ne résout pas encore le problème dans le

¹⁰¹ BANDLE, *op. cit.*, N 23.

¹⁰² BANDLE, *op. cit.*, N 27.

¹⁰³ BÖCKLI, *op. cit.*, N 871.

système du *claim made*. En effet, comme on l'a vu plus haut, l'assureur n'est pas tenu d'indemniser les prétentions des tiers soulevées après la fin du contrat.

Pour cette raison, les « bonnes » polices *D&O* contiennent une clause de renonciation de l'assureur au bénéfice de l'article 55 LCA. Il est impératif de vérifier l'existence d'une telle renonciation avant de conclure le contrat. Cela ne veut pas encore dire que la faillite n'aura aucune incidence sur la couverture d'assurance. Considérant que la faillite est un facteur d'aggravation du risque au sens des articles 28 et suivants LCA, l'assureur introduira volontiers des limitations ou réduira ses prestations. Il n'est pas rare par exemple que des polices *D&O* suppriment la couverture pour les actes générateurs de responsabilité commis par l'administrateur après la faillite (se limitant à ne couvrir que ceux antérieurs à la faillite, mais dénoncés après celle-ci).

IV. Conclusion

Pour les sociétés basées en Suisse, la volonté de réduire les risques que courent les administrateurs fait aujourd'hui partie de la réalité quotidienne. Pour y parvenir, il n'existe pas qu'une seule option, mais plutôt une palette de possibilités.

Dans ses rapports avec les actionnaires, l'administrateur peut obtenir le consentement préalable de l'actionnaire ou convenir d'une renonciation à agir après la survenance d'un acte dommageable. Il faut toutefois rappeler que la décision des actionnaires d'intenter ou non une action en responsabilité ne lie en général pas la société ou son conseil. Ainsi, une renonciation des actionnaires n'implique pas nécessairement que le conseil fasse de même. Au contraire, il peut même arriver que les intérêts des actionnaires d'un côté, de la société et du conseil de l'autre, soient divergents, voire même opposés.

Les cas des administrateurs fiduciaires ou employés de grands groupes posent moins de problèmes, puisque la prise en charge du risque par les actionnaires, dans les limites de l'article 100 CO, ou la réglementation dans le cadre du contrat de travail sont des pratiques courantes.

Pour l'administrateur « livré à lui-même », la possibilité subsiste de conclure un accord avec la société directement, soit par le biais d'une convention entre tous les actionnaires ou d'une décision de l'assemblée générale, soit par la conclusion d'un véritable accord d'indemnisation. La rédaction est délicate, l'efficacité de la protection proposée reste incertaine et une société en faillite ne pourra de toute manière offrir la garantie recherchée. De tels accords sont toutefois utiles pour la question de l'avance des frais de défense.

Les assurances *D&O* se présentent comme une alternative efficace aux accords d'indemnisation. Elles ne sont cependant pas une solution « à la portée de tous ». Elles sont en particulier adaptées aux groupes de sociétés de moyenne et grande taille (cotés ou non), actifs à l'étranger. L'attractivité du produit variera selon les conditions de l'assurance. L'assuré se montrera particulièrement vigilant en ce qui concerne les dispositions de la police régissant la couverture dans le temps et dans

le cadre de la faillite, et celles limitant la portée de la protection juridique. En tout état, n'oublions jamais qu'une couverture d'assurance est limitée par le haut (montant assuré) et par le bas (franchise).

Cela étant, la meilleure protection demeure sans doute encore de prévenir les cas de responsabilité des administrateurs ! Une prévention efficace passe nécessairement par le respect des règles de bonne gouvernance et une information la plus complète possible des actionnaires.