

**Joël Roy**

# **L'assurance D&O**

**Mémoire**

**Semestre de printemps 2016**

**Sous la direction du professeur Vincent Brulhart**

# Table des matières

Table des abréviations et des expressions latines.....	V
Bibliographie.....	VII
Remarque préliminaire.....	XIII
<b>I. Introduction.....</b>	<b>1</b>
<b>Chapitre 1 : Plan de l'exposé .....</b>	<b>1</b>
<b>Chapitre 2 : Définition de l'assurance D&amp;O .....</b>	<b>1</b>
1. Contexte.....	1
1.1 Les dangers liés à la fonction de dirigeant.....	1
1.2 Nécessité d'une couverture.....	2
2. Notion.....	3
2.1 L'assurance de la responsabilité civile des organes en général.....	3
2.2 L'assurance D&O.....	3
2.2.1 Quelques particularités.....	3
2.2.2 Définition.....	4
2.2.3 Souscription de l'assurance et règles de bonne gouvernance.....	4
<b>Chapitre 3 : Alternatives à l'assurance D&amp;O.....</b>	<b>4</b>
<b>II. Assurances proches, classification et parties .....</b>	<b>5</b>
<b>Chapitre 1 : Assurances proches.....</b>	<b>5</b>
1. L'assurance RC d'entreprise.....	5
2. L'assurance protection juridique.....	5
3. L'assurance RC administrateur (" <i>Mandatsversicherung</i> ").....	5
3.1 Assurance pour propre compte et individuelle.....	5
3.2 Objet de l'assurance RC administrateur.....	6
3.3 Distinctions d'avec l'assurance D&O.....	6
3.4 Cumul des prestations.....	7
4. L'assurance RC professionnelle.....	7
<b>Chapitre 2 : Classification de l'assurance D&amp;O.....</b>	<b>7</b>
1. Assurance de patrimoine.....	7
2. Assurance RC contre des préjudices purement économiques.....	8
3. Assurance collective.....	8
4. Assurance pour compte d'autrui.....	9
<b>Chapitre 3 : Les parties au contrat d'assurance.....</b>	<b>9</b>
1. Le preneur d'assurance.....	9
2. L'assureur.....	10
<b>III. Le Sinistre en assurance D&amp;O .....</b>	<b>11</b>
<b>Chapitre 1 : Définition .....</b>	<b>11</b>
<b>Chapitre 2 : Responsabilité personnelle d'un assuré.....</b>	<b>11</b>
1. Fondements multiples.....	11
1.1 Généralités.....	11
1.2 Principe de séparation (" <i>Trennungsprinzip</i> ").....	12
2. L'art. 754 CO et conditions posées par la loi à l'exercice d'une action par les lésés.....	12
2.1 Généralités.....	12
2.2 Administrateurs au sens de l'art. 754 al. 1 CO.....	12
2.2.1 Généralités.....	12
2.2.2 Administrateurs formels.....	12
2.2.3 Organes au sens matériel.....	13
2.2.4 Délégation de la gestion.....	13
2.3 Dommage.....	14
2.3.1 Généralités.....	14
2.3.2 Caractère direct ou indirect du dommage.....	14
2.3.4 Préjudice purement économique.....	15

2.5	Violation d'un devoir.....	16
2.6	La faute .....	16
3.	Quelques chefs de responsabilité prévus par le droit public .....	17
3.1	Généralités.....	17
3.2	La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement des cotisations (art. 52 LAVS).....	17
3.2.1	Généralités.....	17
3.2.2	Conditions de la responsabilité .....	17
3.2.3	Exclusion de l'art. 52 LAVS de la couverture d'assurance .....	18
3.3	La responsabilité dans les lois fiscales.....	18
3.3.1	Généralités.....	18
3.3.2	Prise en charge des créances d'impôt.....	19
4.	Responsabilité pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes .....	19
4.1	Responsabilité individuelle.....	19
4.2	Imputabilité du comportement punissable au membre d'un organe .....	19
4.3	Assurabilité de la responsabilité pénale du membre d'un organe.....	20
<b>Chapitre 3 :</b>	<b>Protection juridique .....</b>	<b>20</b>
1.	Généralités .....	20
2.	Défense par l'assureur.....	21
3.	Frais de défense couverts .....	21
4.	Protection juridique en lien avec l'art. 52 LAVS .....	21
5.	Frais occasionnés par la défense en matière pénale .....	21
<b>Chapitre 4 :</b>	<b>Conséquences dommageables de la réalisation de l'état de fait .....</b>	<b>22</b>
1.	Dommage subi par l'assuré .....	22
2.	Indemnisation par l'assureur.....	22
2.1	Couverture des dommages-intérêts.....	22
2.2	Défense des assurés .....	22
2.3	Conditions supplémentaires .....	22
<b>Chapitre 5 :</b>	<b>Lien de causalité .....</b>	<b>23</b>
<b>IV.</b>	<b>Etendue de la couverture de l'assurance D&amp;O.....</b>	<b>24</b>
<b>Chapitre 1 :</b>	<b>Personnes couvertes et lésés .....</b>	<b>24</b>
1.	Les personnes couvertes.....	24
1.1	Les conditions générales .....	24
1.2	Les membres des organes .....	24
1.3	La société ? .....	25
2.	Les lésés.....	25
2.1	Créanciers, actionnaires, participants et la société .....	25
2.1.1	Action individuelle et sociale oblique.....	25
2.1.2	Action sociale et recours de la société contre ses organes responsables .....	26
2.1.3	Droits du lésé.....	26
2.2	Les employés.....	27
2.3	L'Etat.....	27
<b>Chapitre 2 :</b>	<b>L'étendue géographique et temporelle de l'assurance D&amp;O.....</b>	<b>27</b>
1.	La couverture spatiale .....	28
2.	Etendue temporelle de la couverture .....	28
2.1	Durée des polices D&O.....	28
2.2	Principe " <i>claims made</i> " .....	29
2.2.1	Généralités.....	29
2.2.2	Clause " <i>claims made</i> " en assurance D&O.....	29
2.2.2	Assurance rétroactive.....	30
<b>Chapitre 3 :</b>	<b>Etendue matérielle .....</b>	<b>30</b>
1.	Refus de couverture .....	30
2.1	Généralités.....	30
2.2	Cas d'exclusion fréquents .....	31
2.	Renonciation par l'assureur de droits conférés par la LCA .....	32
2.1	Généralités.....	32
2.2	Renonciation à réduire la prime en présence d'une faute grave .....	32

2.3	Renonciation à la suppression du droit à la prestation en présence d'une aggravation du risque .....	32
2.4	Renonciation au droit de résilier en présence d'un dommage partiel .....	32
2.5	Renonciation à la résiliation ex lege du contrat en cas de faillite .....	32
<b>V.</b>	<b>Responsabilité solidaire différenciée des administrateurs et recours de l'assureur D&amp;O (survol) .....</b>	<b>34</b>
	<b>Chapitre 1 : Le système actuel de la responsabilité des administrateurs.....</b>	<b>34</b>
	1. Rapports externes .....	34
	2. Rapports internes.....	34
	3. Inconvénients du système et solutions envisageables.....	34
	<b>Chapitre 2 : Recours de l'assureur envers les coresponsables.....</b>	<b>35</b>
	1. Assurance au caractère indemnitaire.....	35
	1.1 Notion.....	35
	1.1.1 Distinction.....	35
	1.1.2 Article 72 LCA et assurance D&O.....	35
	2. Recours de l'assureur envers les coresponsables .....	36
	2.1 Faits non couverts.....	36
	2.2 Coresponsables non assurés.....	36
<b>VI.</b>	<b>Conclusion .....</b>	<b>37</b>

## Table des abréviations et des expressions latines

a	ancien(ne) (précise qu'il s'agit d'une version d'un texte de loi qui n'est plus en vigueur)
al.	alinéa
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du tribunal fédéral suisse, Lausanne
AVS	assurance-vieillesse et survivants
c.	considérant
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS210)
Cf	Confer
CO	Code fédéral des obligations, du 30 mars 1911 (RS 220)
contra	d'un avis contraire
CP	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
D&O	directors and officers (=dirigeants)
édit.	éditeur(s)
ég.	également
HAVE/REAS	Haftung und Versicherung/Responsabilité et assurance
ibidem	renvoie à la note précédente
in	dans
infra	plus bas
JdT	Le Journal des Tribunaux, Lausanne
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (RS 831.10)
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (RS 221.229.1)
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière, du 19 décembre 1958 (RS 741.01)
let.	lettre
LIA	Loi fédérale sur l'impôt anticipé, du 13 octobre 1965 (RS 642.21)
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, du 14 décembre 1990 (RS 642.11)
Limpmin	Loi sur l'imposition des huiles minérales, du 21 juin 1996 (RS 641.61)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LRCN	Loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire, du 18 mars 1983 (RS 732.44)
LTab	Loi fédérale sur l'imposition du tabac, du 21 mars 1969 (RS 641.31)
LTVA	Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée, du 12 juin 2009 (RS 641.20)
N	numéro
op. cit.	opere citato (=l'oeuvre indiquée)
OS	Ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privée, du 9 novembre 2005 (RS 961.011)
p.	page
PME	petites et moyennes entreprises

## L'assurance D&O

pp.	pages
RC	responsabilité civile
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSA	Revue suisse d'assurance
SA	société anonyme
SJ	La Semaine Judiciaire, Genève
spéc.	spécialement
s.	et suivant(e)
ss	et suivant(e)s
supra	plus haut
SZW/RSDA	Schweizerische Zeitschrift für wirtschafts- und Finanzmarktrecht/Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
TF	Tribunal fédéral

## Bibliographie

- BANDLE Daniel,  
*L'Assurance D & O*, thèse Lausanne 1999, (= Etudes suisses de droit commercial et de droit des affaires, Volume 191)
- BAUEN Marc/BERNET Robert/ROUILLER Nicolas,  
*La société anonyme suisse*, Zurich 2007
- BÄRTSCHI Harald,  
*Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, thèse Zurich 2001, Zurich 2001 (= Etudes suisses de droit commercial et de droit des affaires, Volume 210)
- BIANCHI DELLA PORTA Manuel/JACCARD Michel,  
*Couvrir les risques de l'administrateur*, in : OHJA Lauren (édit.), Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne 2012, Volume 89, pp. 53 ss
- BÖCKLI Peter,  
*Schweizer Aktienrecht*, 4<sup>ème</sup> édition, Zurich 2009
- BREHM Roland,  
*Le contrat d'assurance RC*, 2<sup>ème</sup> édition, Bâle 1997
- BRULHART Vincent,  
*Droit des assurances privées*, Berne 2008 (cité : BRULHART, Droit des assurances privées)
- BRULHART Vincent,  
*Quelques aspects de l'évolution récente du marché de la protection juridique et de sa réglementation*, in : REAS 2010, pp. 248 ss (cité : BRULHART, Marché de la protection juridique)
- CARRE Olivier,  
*Loi fédérale sur le contrat d'assurance*, Lausanne 2000
- CASSANI Ursula,  
*Infraction sociale, responsabilité individuelle : de la tête, des organes et des petites mains*, in : BERTHOUD Frédéric (édit.), la responsabilité pénale du fait d'autrui : travaux de la journée d'étude du 30 novembre 2001, Lausanne : Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Volume 49, Lausanne 2002, pp. 43 ss (cité : CASSANI, Infraction sociale, responsabilité individuelle)
- CASSANI Ursula,  
*Sur qui tombe le couperet du droit pénal ? Responsabilité personnelle, responsabilité hiérarchique et responsabilité de l'entreprise*, in : journée 2008 de droit bancaire et financier, Zurich/Bâle/Genève 2009 (cité : CASSANI, Sur qui tombe le couperet du droit pénal ?)
- CHABLOZ Isabelle,  
*Actionnaires dans les sociétés cotées : Action légale et gouvernance Etude comparée : Suisse, Australie, Allemagne*, in : GAUCH Peter (édit.), Travaux de la faculté de droit de l'université de Fribourg, Volume 320, Fribourg 2012, pp. 359 ss

## L'assurance D&O

CHAUDET François/CHERPILLOD Anne/LANDROVE Juan Carlos,  
*Droit suisse des affaires*, Bâle/Bruxelles/Paris 2010

CHENAUX Jean-Luc,  
*Droit commercial, la société anonyme, partie III/2*, Université de Lausanne 2016

CORBOZ Bernard,  
*Le contrat d'assurance dans la jurisprudence récente*, in : SJ 2011 II pp. 247 s.

CORBOZ Bernard,  
*La responsabilité des organes en droit des sociétés, Commentaire des articles 752-761, 827 et 916-920 du Code des obligations*, Bâle 2005 (cité : CORBOZ, La responsabilité des organes en droit des sociétés)

CORBOZ Bernard,  
*Le dommage dans les actions en responsabilité contre les organes sociaux*, in : CHABOT Flavio-Gabriel (édit.), Centre du droit de l'entreprise de l'université de Lausanne, Volume 90, Lausanne 2013, pp. 93 ss (cité : CORBOZ, actions en responsabilité)

DAENIKER Daniel,  
*Versicherung, Prozesskostensatz und Friststellung (indemnifikation) von Organpersonen*, in: VON DER CRONE Hans Caspar/WEBER Rolf H./ZÄCH Roger/ZOBL Dieter (édit.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift für Peter FORSTMOSER zum 60. Geburtstag, Zurich 2003, p. 523 ss

DÜRR David/SETTELEN Balthasar,  
*Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung*, in : DÜRR David /LARDI Mauro (édit.), *Unternehmensführung und Recht*, Zurich/Saint-Gall 2015, pp. 71 ss

ENGEL Pierre,  
*Traité des obligations en droit suisse*, 2<sup>ème</sup> édition, Berne 1997

FORSTMOSER Peter,  
*Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2<sup>ème</sup> édition, Zurich 1987 (cité : FORSTMOSER, Verantwortlichkeit)

FORSTMOSER Peter/MEIER-HAYOZ Arthur/NOBEL Peter,  
*Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996 (cité : FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht)

FREI Stephan,  
*Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates aus strafrechtlicher Sicht*, thèse Zurich 2004, Zurich 2004 (=Etudes suisses de droit commercial et de droit des affaires, Volume 230)

FRETZ Mélanie,  
*La responsabilité selon l'art. 52 LAVS : une comparaison avec les art. 78 LPG A et 52 LPP*, in : REAS 2009 pp. 238 ss

FREY Christoph/EISENRING Marlen,  
*Schadenminderung in der D&O-Versicherung*, in : REAS, 2013, pp. 208 ss

FUHRER Stephan,  
*Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zurich 2011 (cité : FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht)



FUHRER Stephan,  
*Die Vermögensschadenshaftpflichtversicherung*, Zurich 1988 (cité : FUHRER, Vermögensschadenshaftpflichtversicherung)

FUHRER Stephan,  
*Zum versicherten Ereignis in Claims-made-Policen, eine Replik zum Aufsatz von Christoph Frey und Marlen Eisenring, Schadenminderung in der D&O-Versicherung* (REAS 2013, p. 208 ss), in: REAS 2014, pp. 101ss (cité : FUHRER, Claims-made-policen)

GARBARSKY Andrew M.,  
*La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes*, thèse Lausanne 2006

GROLIMUND Pascal/HONSELL Heinrich/K. SCHNYDER Anton/VOGT Nedim Peter,  
*Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz*, Bâle 2012 (cité : BSK VVG-AUTEUR)

GROSS Christophe,  
*L'assurance responsabilité civile*, Zurich 1989

HABLÜTZEL Olivier,  
*Solidarität in der aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, thèse Zurich 2009

HALLER Max,  
*Organhaftung und Versicherung, die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung*, thèse Zurich 2008

HEINE Günter,  
*Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden 1995

HONSELL Heinrich/K. SCHNYDER Anton/VOGT Nedim Peter,  
*Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Bâle 2000 (cité : VVG-AUTEUR)

HONSELL Heinrich/K. SCHNYDER Anton/VOGT Nedim Peter/GROLIMUND Pascal,  
*Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Nachführungsband*, Bâle 2012 (cité : VVG Nachführungsband-AUTEUR)

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WATTER Rolf,  
*Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 4<sup>ème</sup> édition, Bâle 2012 (cité : BSK OR I-AUTEUR)

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WIEGAND Wolfgang,  
*Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6<sup>ème</sup> édition, Bâle 2015 (cité : BSK OR II-AUTEUR)

HOPT Klaus J.,  
*Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat*, in : IMMENGA Ulrich/MÖSCHEL Wernhard/REUTER Dieter (édit.), *Festschrift für Ernst-Joachim MESTMÄCKER zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden 1996, p. 990 ss

HÜTTE Klaus,  
*Fragen rund um die versicherbarkeit aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsanprüche*, in : AJP 7 1998, pp. 1294 ss

ISLER Peter/FISCHER René,  
*Warum sind Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaft gegen ihre Organe so selten?*, in : WEBER Rolf H./ISLER Peter R. (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI*, Zurich 2012, pp. 27 ss

## L'assurance D&O

JACQUEMART Charlotte,  
Das Geschäft mit der Angst, in : NZZ am Sonntag vom 2.11.20

KESSELBACH STEPHAN,  
*Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften – insbesondere aus Strafrechtlicher Sicht*, thèse Zurich 2000,  
Zurich 2001 (= Etudes suisses de droit commercial et de droit des affaires, Volume 204)

LANDOLT Hardy/WEBER Stephan,  
*Privatversicherungsrecht*, Zurich/St-Gall 2012

LUTERBACHER Thierry,  
*Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, Aktuelle Aspekte 2011, Versicherung in wissenschaft und Praxis*, Zurich 2012 (cité : LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht)

LUTERBACHER Thierry,  
*Versicherung und Revisionhaftung, Aspekte zur vorgeschlagenen Haftungsbeschränkung*, in : Treuhand-Kammer (édit.), *L'expert comptable suisse* 2006, pp. 864 ss (cité : LUTERBACHER, Versicherung und Revisionhaftung)

LUTERBACHER Thierry,  
*Wie weit geht der Schutz einer D&O Versicherung im Verantwortlichkeitsrecht ?*, in: WEBER Rolf H./ISLER Peter R. (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V*, Zurich/Bâle/Genève 2010, pp. 97 ss (cité : LUTERBACHER, D&O Versicherung)

MANNSDORFER Thomas M.,  
*Die sonstigen, übrigen oder allgemeinen Bestimmungen in der D&O-Versicherung*, in : REAS 2010, pp. 22 ss

MAURER Alfred,  
*Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3<sup>ème</sup> édition, Berne 1995

MONTAVON Pascal,  
*Abrégé de droit commercial*, Lausanne 2011

MEIER-HAYOZ Arthur/FORSTMOSER Peter,  
*Droit suisse des sociétés*, Berne 2015 (cité : MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit des sociétés)

MEISE Uwe,  
*Versicherungsschutz vor persönlicher Haftung*, in : Aufsichts- und Verwaltungsratrat, *Der Praxisleitfaden für CEOs, Verwaltungsräte, Unternehmer, Stake- und Shareholder*, Zurich 2003

MEUWLY Jean-Benoit,  
*La durée de la couverture d'assurance*, thèse Fribourg 1994

MISTELI Christophe,  
*La responsabilité pour le dommage purement économique*, thèse Lausanne, Zurich 1999

MÜLLER Roland/LIPP Lorenz/PLÜSS Adrian,  
*Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 4<sup>ème</sup> édition, Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité: MÜLLER/LIPP/PLÜSS)

MÜNCH Peter/GEISER Thomas (éditeurs),  
*Schaden – Haftung – Versicherung* (Handbuch für die Anwaltpraxis, volume 5),  
Bâle/Genève/Munich 1999

MUSTAKI Guy,  
*Obligations et responsabilité des organes dirigeants découlant des normes de corporate governance*, in : SJ 2006  
pp. 189 ss

MUSTAKI Guy/URBEN Luca,  
*La responsabilité différenciée des administrateurs en cas de répartition des tâches*, in : GesKR-Gesellschafts-  
und Kapitalmarktrecht

OBERHÄNSLI Daniel,  
*Conseil d'administration et direction et le piège de la responsabilité*, in : Treuhand/Suisse (édit.), TREX  
2005, pp. 362 ss

ROELLI Hans/JAEGGER Carl,  
*Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Tome I, 2<sup>ème</sup> édition, Berne  
1968 (cité : ROELLI/JAEGGER, Tome I)

ROELLI Hans/JAEGGER Carl,  
*Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Tome II : *Besondere  
Bestimmungen über die Schadensversicherung Art. 48-72*, Berne 1932 (cité : ROELLI/JAEGGER, Tome II)

SCHAER Roland,  
*Modernes Versicherungsrecht, Das privatversicherungsrecht und seine Schnittstellen zum Sozialversicherungs- und  
Haftpflichtrecht*, Berne 2007

SCHMID Nicklaus,  
*Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für wirtschaftsdelikte im Tätigkeitsbereiche der Aktiengesellschaft, SAS*,  
Volume 46, 1974, pp. 101 ss

STUDER Helmut/WANNER Sabine,  
*Organhaftverpflichtversicherung*, in : SCHAUFFHAUSER René (édit.), *Haftung im Umfeld des  
wirtschaftenden Staates*, Saint-Gall 2003, p. 135 ss

TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc (édit.)  
*Commentaire Romand du code des obligations II*, Bâle 2008 (cité : CR CO II-AUTEUR)

TERCIER Pierre,  
*La responsabilité des administrateurs*, in : *La responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes*,  
Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Volume 8, 2<sup>ème</sup> édition, Lausanne  
1987 (cité : TERCIER, la responsabilité des administrateurs)

THEVENAZ Alain,  
*La solidarité différenciée des responsables d'un dommage en droit de la société anonyme, Etude de l'art. 759 CO*,  
in : DESSEMONTET François/OBERSON Pierre-André/THEVENAZ Alain/BLANC Mathieu (édit.),  
*Aspects actuels du droit de la société anonyme*, Centre du droit de l'entreprise de l'université de  
Lausanne, Volume 64, Lausanne 2015, pp. 505 ss

THEVENOZ Luc/WERRO FRANZ,  
*Commentaire Romand du code des obligations I*, 2<sup>ème</sup> édition, Bâle 2012 (cité : CR CO I-AUTEUR)

## L'assurance D&O

VON DER CRONE Hans Caspar,  
*Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, in : RSDA 1/2006, pp. 2 ss

VIRET Bernard,  
*Droit des assurances privées*, 3<sup>ème</sup> édition, Zurich 1991 (cité : VIRET, Droit des assurances privées)

VIRET Bernard,  
*L'assurance de la protection juridique en Suisse*, in : Studien zur Rechtsschutzversicherung, Karlsruhe 1975 (cité : VIRET, L'assurance de la protection juridique)

VIRET Bernard,  
*La jurisprudence des tribunaux civils suisses en matière de contrat d'assurance de la protection juridique*, in : RSA 66, 1998 (cité : VIRET, la jurisprudence des tribunaux)

VON ARX Stephanie,  
*Die Organhaftpflichtversicherung*, in : DÜRR David /LARDI Mauro (édit.), Unternehmensführung und Recht, Zurich/Saint-Gall 2015, pp. 89 ss

WEBER Rolf H.,  
*Praktische Mehrpunkte für die Beurteilung der Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, in : WEBER Rolf H. (édit.), Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Volume 49, Zurich 2004, pp. 1 ss

WERRO Franz,  
*La responsabilité civile*, 2<sup>ème</sup> édition Berne 2011

ZBINDEN Patric Olivier,  
*Versicherbarkeit der zivilrechtlichen Haftung als Organ, eine Gegenüberstellung der Mandats- und der Organhaftpflichtversicherung*, in: FUHRER Stephan (édit.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 721 ss

## **Remarque préliminaire**

La présente contribution a pour but de présenter les principales caractéristiques de l'assurance D&O. Une large place est faite au droit de la responsabilité des administrateurs de la société anonyme puisqu'elle constitue l'objet principal d'une telle assurance. A l'intersection du droit commercial, de la responsabilité civile et publique et bien évidemment du droit des assurances privées, l'examen de l'assurance D&O implique une étude interdisciplinaire.



## I. Introduction

### Chapitre 1 Plan de l'exposé

A titre liminaire, après avoir décrit les circonstances qui expliquent l'importance de l'assurance de la responsabilité civile des organes respectivement assurance D&O pour les dirigeants d'entreprise, nous en donnerons les définitions (titre I). 1

Afin de se familiariser avec l'assurance D&O, nous la mettrons en lumière en la comparant à d'autres assurances présentant des similarités et différences, rattacherons son contrat à une certaine catégorie juridique puis en présenterons les parties (titre II). 2

Dans un troisième temps, notre exposé sera consacré à l'étude du sinistre (responsabilité et frais de défense) en assurance D&O, nous en profiterons pour présenter de manière synthétique les principaux chefs de responsabilité légaux susceptibles de faire l'objet d'une couverture (titre III). 3

Nous tenterons ensuite de circonscrire son étendue par la présentation du cercle des personnes couvertes et lésés potentiels, de sa portée géographique et temporelle ainsi que de son étendue matérielle (titre IV). 4

Enfin, nous traiterons des spécificités propres à la responsabilité solidaire différenciée des administrateurs en droit de la SA, que nous mettrons en lien avec l'assurance D&O, nous traiterons ensuite brièvement du recours de l'assureur éponyme à l'encontre des coresponsables (titre V) et conclurons (titre VI). 5

### Chapitre 2 Définition de l'assurance D&O

#### 1. Contexte

##### 1.1 Les dangers liés à la fonction de dirigeant

Il est communément admis que les risques attachés à la fonction de dirigeant de société sont désormais accrus<sup>1</sup>. En effet, les standards de gestion diligente sont élevés et depuis plusieurs années, la soft law induite par le Corporate governance concrétise toujours plus la notion de diligence qui doit être observée par le conseil d'administration<sup>2</sup>. Cette concrétisation de plus en plus pointue se traduit en pratique par un nombre toujours plus important de devoirs auxquels est confronté l'administrateur et dont la mauvaise exécution est sanctionnée par une responsabilité<sup>3</sup>. D'après Bianchi della Porta/Jaccard : *« au motif que l'on est toujours plus intelligent après, les administrateurs de sociétés 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*

<sup>1</sup> BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 53.

<sup>2</sup> MONTAVON, p. 500 ; DÜRR/SETTELEN, p. 78 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 709 ss ; CHENAUX, p. 234 ; MUSTAKI, in : SJ 2006 p. 189.

<sup>3</sup> CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, p. 165 N 810.

*illégales*»<sup>4</sup>. Depuis les années 2000, les actions en responsabilité des organes (en particulier du conseil d'administration) ont constamment augmenté<sup>5</sup>. Ce constat ressort de manière flagrante de l'étude de Susanne Keller datant de 2011<sup>6</sup>. En principe, les actions en responsabilité contre le conseil d'administration n'émanent pas de la société et sont rares tant que la société est saine et fonctionnelle<sup>7</sup>. En effet, dans plus de 95 % des cas recensés, la société est en faillite de sorte que l'action est intentée soit par la masse en faillite soit par des créanciers isolés (après cession de la créance par la masse)<sup>8</sup>.

### 1.2 Nécessité d'une couverture

- 7 Compte tenu de ce qui précède, couvrir (ou du moins limiter) les risques assumés personnellement par le dirigeant apparaît évident et nécessaire au maintien de l'attrait de tels postes. En outre, eu égard à la diversité des devoirs qui incombent aux dirigeants et du fait que manquer par négligence à un tel devoir conduit déjà à une responsabilité personnelle, il est logique qu'ils se prémunissent contre les conséquences économiques d'une éventuelle responsabilité personnelle<sup>9</sup>. Ce but peut être atteint de diverses façons. L'une d'entre elles consiste à transférer lesdits risques à un professionnel du risque (un assureur), par un contrat d'assurance (de la responsabilité civile des organes) entre ledit professionnel du risque et l'administrateur et/ou la société<sup>10</sup>. Cette pratique est désormais répandue en Suisse et le nombre d'assureurs proposant une telle couverture augmente<sup>11</sup>.
- 8 L'assurance de la responsabilité civile des organes est le standard depuis un certain temps en ce qui concerne les sociétés cotées. Ces dernières années, un attrait des PME pour l'assurance de la responsabilité civile des organes s'est également fait sentir. La tendance est influencée par la capacité financière des entreprises<sup>12</sup>. Bien qu'aucun chiffre n'est disponible, les experts tablent sur une augmentation des actions intentées à l'encontre des PME ce qui devrait mener à une augmentation de la demande en assurances de la responsabilité civile des organes sur le marché suisse<sup>13</sup>.

---

4 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 53 ; toutefois, BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 226 N 583, relèvent que les recommandations édictées au titre de gouvernement d'entreprise (Corporate governance) n'ont pas force de loi et que leur violation ne constitue pas en tant que tel un fait générateur de responsabilité.

5 GARBARSKY, p. 269 ; BÄRTSCHI, p. 15 s. ; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 1183 ss ; Hopt, p. 910 ; WEBER, p. 1 ; von ARX, p. 89, laquelle relève que depuis la faillite de Swissair et Enron en 2001, la responsabilité des conseils d'administration est omniprésente dans les médias, ce qui a engendré une augmentation de l'importance de cette thématique. Une augmentation s'est également faite ressentir au niveau des actions en responsabilité intentées contre le conseil d'administration de petites et moyennes entreprises (PME).

6 Publiée dans la Jusletter du 24 octobre 2014 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 343.

7 ISLER/FISCHER, p. 29 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit des sociétés, p. 666 N 587.

8 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 344 ; ISLER/FISCHER, p. 29.

9 ZBINDEN, p. 722.

10 Pour les différences entre l'assurance conclue avec l'administrateur de celle conclue avec la société, voir *infra*, p. 6 N 23 et 24 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 54.

11 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 66, qui affirmait en 2012 que seuls trois ou quatre assureurs étaient actifs sur ce marché en Suisse, cependant, voir *infra*, p. 10 note de bas de page 76.

12 ZBINDEN, p. 727 lequel indique qu'en 2009, le nombre de faillites d'entreprises publiées était de 5215 et pour la première fois supérieure à 5000. Par rapport à 2008, le nombre de faillites publiées avait augmenté de 23.5 %.

13 ZBINDEN, p. 727 ; JACQUEMART Charlotte, Das Geschäft mit der Angst, in : NZZ am Sonntag vom 2.11.20.



## 2. Notion

### 2.1 L'assurance de la responsabilité civile des organes en général

L'assurance de la responsabilité civile des organes a pour fonction de protéger les membres des organes d'une société contre les charges financières formées par la conduite d'un procès et la mise en cause de leur responsabilité civile dans la mesure où cette dernière résulte de l'activité exercée en qualité d'organe<sup>14</sup>.

9

La responsabilité civile des organes peut être comprise de manière générale, c'est-à-dire comme toutes les formes de responsabilité se rapportant à l'activité d'un organe<sup>15</sup>. De manière comparable, le concept d'assurance de la responsabilité civile des organes d'une société peut être compris de façon générale, soit comme tous les types d'assurance couvrant les différentes formes de responsabilité civile des organes<sup>16</sup>.

10

Habituellement, le concept d'assurance de la responsabilité civile des organes est cependant compris plus étroitement et regroupe uniquement les assurances pour membres du conseil d'administration et de la direction<sup>17</sup>. Les types principaux de couverture auxquels peuvent prétendre lesdits organes sont l'assurance individuelle, l'assurance collective et l'assurance « D&O » (expression utilisée pour « *Directors and officers liability insurance* », dont le modèle a été conçu aux Etats-Unis)<sup>18</sup>. L'on trouve également dans la littérature le terme « assurance de la responsabilité civile des organes » dans une acception encore plus étroite à savoir dans le sens de l'assurance D&O seulement<sup>19</sup>.

11

### 2.2 L'assurance D&O

#### 2.2.1 Quelques particularités

L'assurance D&O, présente deux particularités par rapport à l'assurance de la responsabilité civile des organes ordinaire. Premièrement dans l'assurance D&O, la société est toujours preneur d'assurance<sup>20</sup>. Deuxièmement, la protection d'assurance garantie protège le patrimoine privé des membres des organes du preneur et non pas le patrimoine de ladite société bien que cette dernière soit débitrice des primes<sup>21</sup>.

12

Assurance de la responsabilité civile des organes la plus répandue, l'assurance D&O permet non seulement à la société d'assurer ses dirigeants contre les conséquences financières résultant de

13

<sup>14</sup> HALLER, p. 165 N 393.

<sup>15</sup> HALLER, p. 157 N 373.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> HALLER, p. 157 N 374.

<sup>18</sup> BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 233 N 596.

<sup>19</sup> LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 142 ; BUNDLE, p. 3 N 7, lequel indique qu'elle est également appelée assurance de la responsabilité des dirigeants de société, voire des mandataires sociaux ; HALLER, p. 157 N 375.

<sup>20</sup> LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 149 ; BÖCKLI, p. 1902 N 876 ; BUNDLE, p. 3 N 6 ; VON ARX, p. 90 ; LUTERBACHER, D&O Versicherung, p. 139.

<sup>21</sup> HALLER, p. 162 N 385 ; LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 149. Toutefois, le patrimoine de la société preneur d'assurance est protégé indirectement dans deux hypothèses, voir *infra*, p. 4 N 16 (« *company reimbursement* ») et p. 25 N 107 (prise en charge de l'action sociale oblique).

## L'assurance D&O

préjudices économiques causés à des tiers, mais aussi de financer la défense des dirigeants, voire des campagnes en vue de restaurer leur réputation<sup>22</sup>.

### 2.2.2 Définition

- 14 En bref, l'assurance D&O 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 contrat d'assurance D&O peut être défini comme le **contrat conclu par une personne morale afin de couvrir les conséquences financières des prétentions résultant de préjudices purement économiques causés par ses dirigeants à la société ou à des tiers**<sup>23</sup>. Les dirigeants responsables sont indemnisés directement par l'assureur D&O (« *direct coverage* »)<sup>24</sup>.

### 2.2.3 Souscription de l'assurance et règles de bonne gouvernance

- 15 D'après Mustaki/Urban, il y a lieu d'admettre que des règles de bonne gouvernance recommandant la souscription d'une assurance D&O par la société pour l'accès à la fonction d'administrateur contribueraient à la cohérence du régime du gouvernement d'entreprise<sup>25</sup>.

## Chapitre 3 Alternatives à l'assurance D&O

- 16 Le dirigeant dispose d'autres alternatives pour se prémunir contre le risque d'une responsabilité. Ces alternatives sont les suivantes :
- Le consentement préalable des actionnaires à l'événement dommageable : l'action en responsabilité est exclue si le conseil d'administration a agi avec le consentement de tous les actionnaires<sup>26</sup>.
  - L'obligation légale ou statutaire voire l'engagement contractuel de la société d'indemniser les dirigeants à la suite d'une action intentée contre eux : dans une telle hypothèse, si une assurance D&O existe, la société pourra exceptionnellement prétendre à une indemnisation (« *Schadloshaltung* », « *Company reimbursement* » par opposition à « *direct coverage* »)<sup>27</sup>. Seules seront toutefois assurées les prétentions émises contre les organes<sup>28</sup>.
  - L'engagement des actionnaires à couvrir le dommage : les actionnaires peuvent s'engager à l'égard de la société à prendre en charge le dommage lié à certaines décisions du conseil d'administration.

---

22 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 68 et 70.

23 BUNDLE, p. 3 N 6 ; LUTERBACHER, D&O Versicherung, p. 135 ss.

24 BUNDLE, p. 3 N 6 et p. 20 N 45 ; VON ARX, p. 93.

25 MUSTAKI/URBEN, p. 324-325.

26 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 57.

27 Pour plus de détails, voir BUNDLE, p. 189 N 465 ; BAUEN/BERNET/ROULLER, p. 232 N 593 ; BÖCKLI, p. 1896 ss N 852 ss ; HALLER, p. 254 N 631 ss ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 61, lesquels précisent que 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 (art. 20 CO) ou suppriment toute responsabilité en cas de faute grave ou intentionnelle (art. 100 CO).

28 VON ARX, p. 93.

## II. Assurances proches, classification et parties

### Chapitre 1 Assurances proches

#### 1. L'assurance RC d'entreprise

L'assurance RC d'entreprise prévoit la couverture de prétentions en dommages-intérêts élevées en raison de risques typiques, inhérents à l'industrie en question<sup>29</sup>. Elle couvre ainsi les dommages causés dans l'exercice d'une activité professionnelle. 17

Comme les employés, les dirigeants sont assurés s'ils ont causé dans l'exercice de leur fonction un préjudice corporel ou matériel à une personne extérieure à l'entreprise assurée<sup>30</sup>. 18

#### 2. L'assurance protection juridique

Les prestations de l'assurance protection juridique sont de deux ordres essentiellement : un service et une prestation pécuniaire. Le service vise le conseil ou l'assistance fournie par les juristes de l'entreprise d'assurance ou la mise à disposition d'un avocat<sup>31</sup>. Les prestations pécuniaires se rapportent, elles, à la prise en charge des honoraires d'avocat et des frais de procédure<sup>32</sup>. Ce double caractère se reflète dans l'art. 161 OS<sup>33</sup> qui précise que « *par un contrat d'assurance de la protection juridique, l'entreprise d'assurance assume, contre le paiement d'une prime, le risque de devoir supporter des frais occasionnés par des affaires juridiques ou de fournir des services dans de telles affaires* »<sup>34</sup>. Le risque consiste en la survenance d'un besoin juridique ; le sinistre, l'apparition du besoin d'assistance juridique<sup>35</sup>. 19

Toutes les assurances D&O offrent une protection juridique<sup>36</sup>. Toutefois, les assureurs D&O s'engagent uniquement à supporter les frais occasionnés pour résister à une réclamation<sup>37</sup>. 20

#### 3. L'assurance RC administrateur (« *Mandatsversicherung* »)

##### 3.1 Assurance pour propre compte et individuelle

Dans l'assurance RC administrateur, le preneur d'assurance et l'assuré se réunissent en une seule et même tête<sup>38</sup>. Il s'agit, au contraire de l'assurance D&O, d'une assurance pour propre compte 21

<sup>29</sup> BUNDLE, p. 5 N 13.

<sup>30</sup> BUNDLE, p. 6 N 14.

<sup>31</sup> BRULHART, Droit des assurances privées, p. 334 N 723.

<sup>32</sup> BRULHART, Marché de la protection juridique, p. 251 ; ATF 119 II 468 ; VIRET, L'assurance de la protection juridique, p. 163.

<sup>33</sup> Ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privée du 9 novembre 2005, RS 961.011.

<sup>34</sup> La disposition précitée reprend le contenu de l'ancien art. 1 de l'ordonnance sur l'assurance de la protection juridique du 18 novembre 1992, RS 961.22, abrogée le 1<sup>er</sup> janvier 2006.

<sup>35</sup> BUNDLE, p. 6-7 N 15 ; VIRET, la jurisprudence des tribunaux, p. 137 ss N 6 et 8.

<sup>36</sup> Pour plus de détails en ce qui concerne la protection juridique offerte par les assureurs D&O, voir *infra*, p. 20-21 N 85 ss ; BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 325 N 603 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 73 ; VON DER CRONE, p. 5.

<sup>37</sup> HALLER, p. 168 N 396.

<sup>38</sup> BUNDLE, p. 20 N 48.

## L'assurance D&O

autrement dit d'une assurance pour soi-même<sup>39</sup>. Le membre d'un organe peut donc s'assurer lui-même seul (assurance individuelle)<sup>40</sup>. Cependant, une société de personnes peut être preneur et conclure une assurance pour tous ses associés et collaborateurs<sup>41</sup>.

### 3.2 Objet de l'assurance RC administrateur

- 22 L'assurance RC administrateur a principalement pour objet la responsabilité civile des administrateurs pour les dommages purement économiques causés par leur activité comme membre non gestionnaire dans un ou plusieurs conseils d'administration expressément désignés. La protection d'assurance s'étend principalement à la défense contre les prétentions injustifiées et la prise en charge des prétentions fondées<sup>42</sup>.

### 3.3 Distinctions d'avec l'assurance D&O

- 23 La différence principale de l'assurance D&O d'avec l'assurance RC administrateur réside dans **l'objet de l'assurance** et dans la **définition du cercle des personnes assurées**<sup>43</sup>. Alors que l'assurance RC administrateur se rapporte à une seule personne pour son activité comme membre non gestionnaire d'un conseil d'administration<sup>44</sup> – généralement expressément désignée – d'une société tierce, l'assurance D&O a un objet plus large et comprend un cercle d'assurés (qui ne sont pas expressément désignés, le statut d'assuré dépendant de leur rang hiérarchique au sein du preneur) plus important (notamment les membres gestionnaires du conseil d'administration)<sup>45</sup>. L'objet de l'assurance D&O s'étend aux activités gestionnaires des membres du conseil d'administration. En outre, la couverture de l'assurance D&O s'étend même aux organes de fait, chose inimaginable en assurance RC administrateur<sup>46</sup>.
- 24 Tandis que la société preneur d'assurance D&O n'est pas obligée de communiquer à l'assureur le nom de ses dirigeants, l'assureur RC administrateur veut savoir quelles sont les sociétés dans lesquelles l'assuré siège en tant qu'administrateur. L'assureur empêche ainsi l'assuré de conclure une police uniquement pour les risques liés à des mandats douteux et garde la possibilité de refuser la couverture des responsabilités en rapport avec des sociétés en difficulté. C'est ainsi qu'il se prémunit contre une anti-sélection des risques<sup>47</sup>.

---

<sup>39</sup> BANDLE, p. 20-21 N 48.

<sup>40</sup> BÖCKLI, p. 1901 N 872 ; ZBINDEN, p. 722 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 67-68 ; BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 233-234 N 597.

<sup>41</sup> Voir aussi *infra*, p. 7 N 27 ; BANDLE, p. 21 N 48, lequel cite l'exemple des études d'avocats ; ZBINDEN, p. 723 ; BÖCKLI, p. 1901 N 872.

<sup>42</sup> ZBINDEN, p. 723.

<sup>43</sup> ZBINDEN, p. 725.

<sup>44</sup> BÖCKLI, p. 1901 N 873 ; ZBINDEN, p. 723.

<sup>45</sup> ZBINDEN, p. 723 et 725-726 et BANDLE, p. 21 N 49, lesquels indiquent que sont considérés comme non gestionnaires, les administrateurs autres que le président, le délégué et l'administrateur unique.

<sup>46</sup> Pour plus de détails sur le cercle des personnes couvertes en assurance D&O, voir *infra*, p. 24 N 99 ss ; ZBINDEN, p. 722 ; von ARX, p. 90.

<sup>47</sup> BANDLE, p. 21 N 50 ; Pour de plus amples détails sur la sélection des risques et le phénomène de l'anti-sélection, voir BRULHART, Droit des assurances privées, p. 334 N 723.

### 3.4 Cumul des prestations

Les prestations de l'assurance RC administrateur et de l'assurance D&O peuvent être cumulées en cas de sinistre<sup>48</sup>. En principe, les assureurs D&O se prémunissent contre la double assurance par une clause de subsidiarité<sup>49</sup>. 25

## 4. L'assurance RC professionnelle

L'assurance RC professionnelle (« *Berufshaftpflichtversicherung* », « *professional indemnity insurance* ») vise à couvrir les prétentions de tiers à l'encontre d'une personne déterminée, le preneur d'assurance, pour des préjudices que celui-ci a causés dans l'exercice de sa profession<sup>50</sup>. Elle est accessible à toutes les personnes qui exercent une activité à titre indépendant. 26

Une assurance responsabilité professionnelle complémentaire, dont le but est de couvrir ses membres pour des mandats d'administrateurs qu'ils exercent à l'extérieur (« *Outside Directorship Liability* »), peut être conclue par une société. Les sociétés d'avocats ou de fiduciaires recourent parfois à ce type de produits<sup>51</sup>. 27

## Chapitre 2 Classification de l'assurance D&O

### 1. Assurance de patrimoine

Dans le domaine non-vie, les assurances sont définies selon la terminologie de la LCA comme des assurances de dommages qui se subdivisent en assurances de patrimoine et de choses<sup>52</sup>. Si l'objet menacé par la survenance d'un risque est le patrimoine dans son ensemble, l'assurance qui le couvre est qualifiée d'assurance de patrimoine<sup>53</sup>. Le patrimoine se définit comme l'ensemble des biens, des droits et obligations d'une personne conçu comme une universalité, c'est-à-dire un tout, une unité juridique de valeur pécuniaire<sup>54</sup>. 28

Dans l'assurance D&O, l'objet menacé par la survenance du risque est le patrimoine privé de l'assuré, de sorte qu'elle doit être rangée dans la catégorie des assurances de patrimoine. 29

<sup>48</sup> Pour de plus amples détails sur la thématique du potentiel cumul, voir BANDLE, p. 29 ss N 61 ss ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 68.

<sup>49</sup> BANDLE, p. 33 N 72.

<sup>50</sup> BANDLE, p. 4 N 9.

<sup>51</sup> BÖCKLI, p. 1901 N 872 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 68 ; FUHRER, Vermögensschadenshaftpflichtversicherung, p. 127 ss ; LUTERBACHER, D&O Versicherung, p. 125 ; LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 144 ; BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 234 N 597, qui précisent qu'il est aussi possible d'assurer le risque de responsabilité découlant d'un mandat dans un conseil d'administration par un contrat d'assurance séparé. Ainsi, l'assurance administrateur individuelle peut être combinée ou non avec l'assurance RC professionnelle ; LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 146.

<sup>52</sup> HALLER, p. 158 N 377.

<sup>53</sup> BRULHART, Droit des assurances privées, p. 192 N 430.

<sup>54</sup> ENGEL, p. 36.

- 30 Le but de l'assuré qui souscrit une assurance de patrimoine est de se prémunir contre une perte patrimoniale. L'assuré subit une perte patrimoniale lorsqu'il se voit contraint de déboursier une certaine somme d'argent ou est empêché de percevoir des revenus<sup>55</sup>.

### 2. Assurance RC contre des préjudices purement économiques

- 31 L'assurance responsabilité civile<sup>56</sup> qui est assurance de patrimoine est habituellement subdivisée en 3 sous-catégories, soit l'assurance RC pour pertes d'exploitation, l'assurance RC professionnelle, l'assurance RC contre les dommages purement économiques<sup>57</sup>. L'assurance D&O fait partie de cette dernière catégorie puisqu'elle ne couvre que les prétentions résultant d'un dommage économique pur<sup>58</sup>. Les prétentions en réparation d'un dommage corporel ou matériel sont exclues<sup>59</sup>. Le dommage purement économique consiste en une diminution du patrimoine qui a lieu sans qu'une personne ait été tuée ou blessée, ni qu'une chose ait été endommagée, détruite ou perdue<sup>60</sup>.
- 32 Toutefois, certains assureurs D&O couvrent au moyen de « *Carve-Backs* » dans certaines circonstances les dommages économiques consécutifs à une atteinte à un bien corporel ou matériel. Les « *Carve-Backs* » sont les prestations que verse l'assureur dans un cas concret malgré l'existence d'une exclusion générale<sup>61</sup>.

### 3. Assurance collective

- 33 Lorsque le contrat est relatif à plusieurs choses ou à plusieurs personnes, on parle d'*assurance collective*<sup>62</sup>. Dans l'assurance collective, ni les personnes ni les choses assurées ne doivent être mentionnées individuellement dans le contrat. Il suffit que la chose ou la personne assurée soit déterminable au moment de la survenance du cas d'assurance (la personne blessée fait partie du cercle des employés d'une entreprise, les choses endommagées relèvent de l'inventaire d'un ménage déterminé, etc.)<sup>63</sup>.
- 34 En tant que l'assurance D&O couvre en un seul contrat plusieurs objets, à savoir les patrimoines respectifs des dirigeants de la société, elle est une assurance collective<sup>64</sup>.

---

55 BANDLE, p. 55 N 126.

56 BRULHART, Droit des assurances privées, p. 326 N 712 ; BREHM, p. 25, lequel définit le contrat éponyme comme le contrat par lequel l'assureur s'engage, moyennant paiement d'un prix (prime), à garantir le patrimoine de l'assuré contre les conséquences financières de la responsabilité éventuelle de celui-ci.

57 HALLER, p. 158 N 377.

58 A ne pas confondre avec la notion de dommage consécutif (Folgeschäden) soit de dommage qui découle d'une première atteinte laquelle peut être corporelle, matérielle ou patrimoniale. L'assurance D&O n'indemnise que les préjudices de fortune, c'est-à-dire des dommages quantifiables pécuniairement et ne résultant pas d'atteinte à la santé ou de destruction, d'endommagement ou de perte de choses ; BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 235 N 599 ; BANDLE, p. 60 N 139 ; LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 152, VON ARX, p. 91.

59 VON ARX, p. 106 ; voir ég. *infra*, p. 31 N 132.

60 BSK OR I-A. KESSLER ad art. 41 p. 325 N 13 ; CR CO I-WERRO, art. 41 p. 368 N 20 ; BANDLE, p. 63 N 147 ; DAENIKER, p. 723 note de bas de page 2.

61 VON ARX, p. 106.

62 FUHRER, Schweizerisches privatrecht, p. 33 N 2.71 ; BRULHART, Droit des assurances privées, p. 49 N 113.

63 BRULHART, Droit des assurances privées, p. 49 N 114.

64 BANDLE, p. 67 N 155 ; BÖCKLI, p. 1902 N 876 ; HALLER, p. 253 N 626.

## 4. Assurance pour compte d'autrui

L'on distingue l'assurance pour compte d'autrui de l'assurance pour propre compte en fonction de la personne sur laquelle porte le risque souscrit. La personne sur laquelle porte le risque dans l'assurance de personnes est la personne assurée, dans l'assurance de choses c'est le propriétaire des choses assurées et dans l'assurance de patrimoine, c'est la personne dont le patrimoine est assuré<sup>65</sup>. Dans l'assurance pour compte d'autrui, le preneur fait assurer d'autres personnes que lui-même, des choses ou le patrimoine d'un tiers et ne se confond pas avec la personne sur laquelle porte le risque. Dans l'assurance pour compte d'autrui, le preneur ne revêt pas la qualité d'assuré<sup>66</sup>.

35

Dans l'assurance D&O, preneur d'assurance et assuré ne se confondent pas. En effet, le risque souscrit porte sur les membres des organes susceptibles d'engager leur responsabilité, alors que la société est preneur d'assurance. L'assurance D&O doit être rangée dans la catégorie des assurances pour compte d'autrui. Cependant, dès lors que l'assurance D&O prévoit également d'indemniser la société preneur d'assurance, dans l'éventualité où la société a elle-même indemnisé le responsable, elle a des affinités avec une assurance pour propre compte<sup>67</sup>.

36

Nous précisons également que l'assurance D&O constitue une assurance au profit d'autrui<sup>68</sup>.

37

## Chapitre 3 Les parties au contrat d'assurance

### 1. Le preneur d'assurance

Le contrat d'assurance est conclu entre un souscripteur ou preneur d'assurance et un assureur, le plus souvent par un intermédiaire d'assurance<sup>69</sup>. Le preneur d'assurance (ou le souscripteur) est celle des parties qui, par la conclusion du contrat d'assurance, se fait promettre, pour elle ou pour un tiers, la protection d'assurance. C'est le partenaire contractuel de l'assureur et le débiteur de la prime d'assurance<sup>70</sup>.

38

Comme nous l'avons vu, dans l'assurance D&O, la société est toujours preneur d'assurance<sup>71</sup>. Au contraire de l'assurance de la responsabilité civile des organes ordinaire, toutes les formes de sociétés ne sont pas assurables. Il peut s'agir de toute personne morale telle qu'une fondation, une association, une société anonyme, une société à responsabilité limitée, une société

39

<sup>65</sup> FUHRER, Schweizerisches privatversicherungsrecht, p. 35 N 2.78.

<sup>66</sup> VVG-HASENBÖHLER, p. 299 N 40 ; BRULHART, Droit des assurances privées, p. 50 N 116.

<sup>67</sup> Voir *supra*, p. 4 N 16.

<sup>68</sup> BRULHART, Droit des assurances privées, p. 235 N 517, lequel indique que l'assurance au profit d'autrui vise une situation dans laquelle le preneur et l'assureur conviennent qu'en cas de survenance du sinistre, la prestation d'assurance sera versée à un tiers ; VVG-HASENBÖHLER, p. 299 N 38, lequel définit l'assurance au profit d'autrui comme l'assurance dans laquelle, le preneur d'assurance en tant que débiteur de la prime ne se confond pas avec la personne qui bénéficie du droit à la prestation d'assurance ; au sujet de la stipulation pour autrui parfaite ou imparfaite dans le cadre de l'assurance D&O, voir BANDLE, p. 71 ss N 166 ss ; MAURER, p. 289 ; pour des implications concrètes en ce qui concerne le fait de qualifier une assurance, d'assurance au profit d'autrui, voir l'art. 18 al. 3 LCA.

<sup>69</sup> BRULHART, Droit des assurances privées, p. 167 N 336.

<sup>70</sup> BRULHART, Droit des assurances privées, p. 167 N 367 ; LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 149.

<sup>71</sup> à défaut, il s'agirait d'une assurance administrateur.

## L'assurance D&O

coopérative ou une personne morale de droit public<sup>72</sup>. En revanche, des sociétés sans personnalité juridique ou des sociétés dans lesquelles la responsabilité des associés est illimitée telles qu'une entreprise individuelle, un consortium ou une société en nom collectif ne peuvent conclure de contrat d'assurance D&O<sup>73</sup>.

- 40 Lorsqu'une personne morale conclut une assurance D&O, elle verse, en toute légalité, les primes d'assurance et les comptabilise sous frais d'exploitation bien que la protection d'assurance bénéficie aux organes de la société et non pas à l'entreprise elle-même<sup>74</sup>.

### 2. L'assureur

- 41 L'assureur est celle des parties au contrat qui s'engage à fournir la prestation lors de la survenance du cas d'assurance<sup>75</sup>. En Suisse, plus de 20 compagnies proposent l'assurance D&O<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 149.

<sup>73</sup> VON ARX, p. 90.

<sup>74</sup> OBERHÄNSLI, p. 363.

<sup>75</sup> BRULHART, Droit des assurances privées, p. 168 N 369.

<sup>76</sup> OBERHÄNSLI, p. 363, lequel affirmait en 2006 qu'il y en avait au moins six ; <http://www.organhaftpflicht.ch/108/Links/Versicherer.html> où une vingtaine de sociétés d'assurances qui offrent l'assurance D&O en Suisse sont recensées parmi lesquelles : AXA Winterthur, Zurich, Allianz et la Vaudoise.



### III. Le Sinistre en assurance D&O

## Chapitre 1 Définition

Le sinistre se définit comme **la réalisation d'un état de fait contre les conséquences duquel, le preneur d'assurance entend se couvrir**. De manière générale, le sinistre doit remplir trois conditions, il nécessite : la réalisation d'un état de fait (chapitre 2 et 3), l'existence de conséquences dommageables (chapitre 4) et un lien de causalité adéquat entre la réalisation du risque et le dommage porté à l'objet assuré (chapitre 5)<sup>77</sup>. En assurance D&O, le sinistre est double, il comprend :

- la perte subie par l'assuré parce que sa **responsabilité** est engagée en raison d'un jugement, d'une sentence arbitrale ou en vertu d'une transaction (chapitre 2) et
- la perte subie par l'assuré en raison des **frais de défense** qu'il doit assumer (chapitre 3)<sup>78</sup>.

## Chapitre 2 Responsabilité personnelle d'un assuré

### 1. Fondements multiples

#### 1.1 Généralités

Comme nous l'avons dit, le sinistre suppose la réalisation d'un état de fait assuré (première condition). La responsabilité d'un assuré fondée sur une norme légale doit ainsi être engagée. 43

Le législateur a établi aux art. 752 à 755 CO un certain nombre de cas de responsabilité rencontrés dans le droit des sociétés anonymes. Il s'agit des cas de responsabilité suivants : la responsabilité des auteurs de prospectus (art. 752 CO), des fondateurs (art. 753 CO), des administrateurs et liquidateurs (art. 754 CO)<sup>79</sup> et des réviseurs (art. 755 CO). 44

Les art. 752 ss CO ne sont pas la seule source de responsabilité personnelle des organes de la SA. Il existe également des sources de responsabilité personnelle des organes en matière d'assurances sociales, fiscale et pénale. Si les cas de responsabilité fondés sur les art. 752 ss CO peuvent être pris en charge par l'assureur<sup>80</sup>, tel n'est pas nécessairement le cas de ces trois derniers types de responsabilité<sup>81</sup>. 45

<sup>77</sup> BRULHART, Droit des assurances privées, p. 261-262 N 574.

<sup>78</sup> BANDLE, p. 10 N 21.

<sup>79</sup> Pour une présentation détaillée, voir *infra*, p. 12 ss N 48 ss.

<sup>80</sup> DÜRR/SETTELEN, p. 81 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 69 lesquels précisent que la responsabilité fondée sur l'art. 754 CO est toujours couverte, c'est la raison pour laquelle une large place lui est faite dans la présente contribution, voir p. 12 ss N 48 ss ; sur l'exclusion fréquente de la responsabilité fondée sur l'art. 752 CO, voir *infra*, p. 31 N 132.

<sup>81</sup> Voir *infra* p. 17 ss N 69 ss ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 70 qui précisent que la responsabilité des administrateurs fondée sur le droit public n'est en principe pas couverte.

### 1.2 Principe de séparation (« *Trennungsprinzip* »)

- 46 Le principe de séparation signifie que les questions de fondement de la responsabilité et les questions de couverture de la responsabilité par une assurance de la responsabilité civile des organes sont à prendre en considération de manière séparée<sup>82</sup>.
- 47 Fort de ce constat, quatre constellations sont envisageables : aucune responsabilité et aucune couverture, aucune responsabilité malgré l'existence d'une couverture, responsabilité confirmée et existence d'une couverture, responsabilité sans couverture<sup>83</sup>.

## 2. L'art. 754 CO et conditions posées par la loi à l'exercice d'une action par les lésés

### 2.1 Généralités

- 48 L'analyse ne pouvant porter sur tous les chefs de responsabilité tirés du droit de la SA susceptibles de faire l'objet de la garantie d'assurance D&O, nous choisissons d'examiner uniquement la responsabilité pour la gestion, l'administration et la liquidation au sens de l'art. 754 CO. En vertu de l'art. 754 al. 1 CO : « *Les membres du Conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs* ». Comme dans le droit commun, la responsabilité des personnes mentionnées à l'art. 754 al. 1 CO suppose l'existence d'un acte illicite, d'une faute, d'un dommage et d'un rapport de causalité adéquate entre l'acte illicite et le dommage.

### 2.2 Administrateurs au sens de l'art. 754 al. 1 CO

#### 2.2.1 Généralités

- 49 D'une part, par l'expression « les membres du conseil d'administration », la loi désigne très précisément un organe de la société anonyme et d'autre part, par l'expression « toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation » elle utilise une formule très générale pour désigner ceux qui sans porter le titre d'administrateur exercent la fonction dans les faits<sup>84</sup>.

#### 2.2.2 Administrateurs formels

- 50 Les administrateurs formels sont les personnes qui ont été régulièrement élues au conseil d'administration par l'assemblée générale et qui sont inscrites en cette qualité au registre du commerce<sup>85</sup>.
- 51 Ils sont en principe couverts par l'assurance D&O conclue par la société qu'ils soient anciens, actuels ou futurs administrateurs<sup>86</sup>.

---

82 HALLER, p. 178 N 425.

83 HALLER, p. 178 N 426.

84 CORBOZ, La responsabilité des organes en droit des sociétés, p. 34-35 N 1 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit des sociétés, p. 660 N 576\* ; CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, p. 165 N 808.

85 CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, p. 165 N 809.

86 Pour de plus amples détails, voir *infra*, p. 24 N 99 ss.

## 2.2.3 Organes au sens matériel

Le champ d'application de l'art. 754 CO s'étend aux organes au sens matériel, expression par laquelle l'on désigne « toutes les personnes qui, sans faire formellement partie du conseil d'administration, exercent matériellement des fonctions dirigeantes, autrement dit, prennent en fait des décisions normalement réservées aux organes ou pourvoient à la gestion et concourent ainsi d'une manière déterminante à la formation de la volonté sociale »<sup>87</sup>. **52**

Le cercle des personnes couvertes dans l'assurance D&O comprend, en principe, en sus de tous les membres du conseil d'administration, les organes de fait<sup>88</sup>. **53**

Il arrive qu'une personne morale soit organe de fait, bien que, formellement, elle ne puisse occuper une position d'organe qu'au travers d'une personne physique désignée « en son lieu et place » (cf. art. 707 al. 3 CO)<sup>89</sup>. **54**

La société preneur d'assurance ne peut pas prétendre à des indemnités de l'assureur. Par conséquent, si elle est reconnue responsable en tant qu'organe de fait d'une société filiale, l'assureur D&O est libre de toute obligation<sup>90</sup>. **55**

## 2.2.4 Délégation de la gestion

Les grandes sociétés sont en général dotées d'une direction générale<sup>91</sup>. Aux termes de l'art. 716b al. 1 CO, les statuts peuvent notamment « autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers conformément au règlement d'organisation »<sup>92</sup>. Dans la plupart des grandes sociétés, la gestion opérationnelle se trouve entre les mains de la direction générale<sup>93</sup>. Les directeurs sont assurés dans la mesure où ils exercent une fonction d'organe. **56**

<sup>87</sup> GARBARSKY, p. 27 ; TERCIER, la responsabilité des administrateurs, p. 12 ; FREI, p. 34 ; BÖCKLI, p. 2393 N 109 ; BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 220 N 559 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit des sociétés, p. 660 N 576\* et 576a ; MONTAVON, p. 499 lequel précise que la responsabilité instituée à l'art. 754 CO se rapporte ainsi à l'administrateur de fait, à l'actionnaire principal ou unique s'il exerce matériellement une fonction décisionnelle, à la société mère et à ses représentants dans la mesure où ils influencent directement la conduite des affaires de la société fille, aux personnes morales et sociétés commerciales (SNC, SC) qui ont désigné un représentant au conseil d'administration, à la condition qu'elles lui donnent des instructions et influencent ainsi la conduite des affaires, aux administrateurs de faits et aux administrateurs occultes, dans la mesure où ils sont actifs dans leur fonction d'organe ou qu'ils se présentent du point de vue extérieur comme organes, casuellement aux directeurs, casuellement aux fondés de procuration et mandataires commerciaux et autres employés dans la mesure où ils prennent de manière indépendante des décisions importantes de conduite des affaires et donnent l'impression à autrui d'exercer des fonctions dirigeantes, aux hommes de paille dans la mesure où ils sont conscients d'exercer une fonction de paravent » ; ATF 117 II 432 (spéc. c. 2b, 442 = JdT 1993 I 71, 79), cependant voir ATF 128 II 29 ss ; cf. ég. ATF 107 II 353 ss ; ATF 114 V 218 ; ATF 128 III 92.

<sup>88</sup> HALLER, p. 177 N 423 ; ZBINDEN, p. 726.

<sup>89</sup> BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 221 N 559.

<sup>90</sup> BANDLE, p. 188 N 463.

<sup>91</sup> BANDLE, p. 156 N 375.

<sup>92</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit des sociétés, p. 616 N 404.

<sup>93</sup> BANDLE, p. 156-157 N 376.

## L'assurance D&O

### 2.3 Dommage

#### 2.3.1 Généralités

57 Le dommage se définit comme la diminution involontaire du patrimoine d'une personne. Il consiste en la différence entre l'état actuel du patrimoine du lésé et celui dans lequel ce dernier se serait trouvé si l'acte générateur de responsabilité n'avait pas été commis (c'est-à-dire si les responsables n'avaient pas violé leurs devoirs)<sup>94</sup>. La responsabilité varie en fonction de son caractère direct ou indirect.

#### 2.3.2 Caractère direct ou indirect du dommage

58 Le dommage peut être direct ou indirect selon que le patrimoine de la société respectivement du lésé est atteint<sup>95</sup>. Il y a dommage indirect (dommage par ricochet ou dommage réfléchi), lorsque le créancier (ou l'actionnaire) n'est touché que par contrecoup<sup>96</sup>. Le dommage des actionnaires, participants et créanciers est direct lorsqu'il frappe individuellement et spécialement le patrimoine de ceux-ci, indépendamment de tout dommage subi par la société<sup>97</sup>.

#### 2.3.3 Qualité pour agir différenciée<sup>98</sup>

59 La qualité pour agir des actionnaires, auxquels sont ici assimilés les participants (art. 656a al. 2 CO), et des créanciers diffère selon le type de dommage subi, l'action envisagée et la situation financière de la société<sup>99</sup>.

60 L'art. 754 CO confère la qualité pour agir à trois catégories de personnes :

- La société :  
Si la société subit un dommage, elle peut toujours agir contre les organes responsables. Cette action est dénommée l'action sociale<sup>100</sup>.
- Les actionnaires et détenteurs de bons de participation (art. 656a al. 2 CO) :  
En vertu de l'art. 756 al.1 CO : « Pour le dommage causé à la société, la société et chaque actionnaire ont le droit d'intenter action. Les actionnaires ne peuvent agir qu'en paiement de dommages-intérêts à la société ». Ainsi, lorsqu'un actionnaire n'est lésé qu'indirectement, (en ce sens que la valeur de ses actions a baissé), il peut certes agir mais seulement en paiement de dommages-intérêts à la

<sup>94</sup> BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 221 ss N 561 ; WERRO, p. 24-25 N 42 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, p. 1510 N 13 ; ATF 133 III 462, c. 4.2.2 ; ATF 132 III 321, c. 2.2.1 = JdT 2006 I 447 ; ATF 126 III 388, c. 11a.

<sup>95</sup> BSK OR II-GERICKE/WALLER, p. 1512 N17 ; ATF 125 III 88 ; BANDLE, p. 223 N 541.

<sup>96</sup> ATF 132 III 564 c. 3.1.2 ; CR CO II-CORBOZ, art. 754 p. 1380 N 68 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, p. 1511 N15 ; BÖCKLI, p. 2586 N 364a ; BANDLE, p. 223 N 541 ; MONTAVON, p. 506 ; CHENAUX, p. 230 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit des sociétés, p. 661N 576c\*, lesquels donnent deux exemples concrets dans lesquels créanciers et actionnaires peuvent subir un dommage indirect. Soit lorsque le préjudice subi par la société se traduit par une dévaluation de la participation de l'actionnaire, soit lorsque le dommage subi par la société la mène à la faillite et empêche simultanément le créancier de recouvrer sa créance.

<sup>97</sup> CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, p. 169 N 832 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, p. 1511 N 16 ; BÖCKLI, p. 2485 N 361 ; BANDLE, p. 223 N 541 ; BANDLE, p. 223 N 541 ; CHENAUX, p. 229 et MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit des sociétés, p. 661N 576c\*, lesquels donnent plusieurs exemples concrets dans lesquels créanciers et actionnaires peuvent subir un dommage eux-mêmes individuellement. Le créancier parce qu'il a consenti dans l'octroi d'un prêt un taux d'intérêt faible à une société surendettée au vu d'un bilan inexact, l'actionnaire qui a acheté des actions de la société sur la base d'états financiers erronés.

<sup>98</sup> Pour une présentation complète et détaillée, voir BÖCKLI, p. 2443 ss N 214 ss.

<sup>99</sup> CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, p. 169 N 830.

<sup>100</sup> CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, p. 168 N 825.

société (c'est ce que l'on appelle l'action sociale oblique). L'action est exercée par l'actionnaire mais au bénéfice de la société. L'actionnaire ou le détenteur de bons de participation qui subit un dommage direct peut ouvrir action contre l'auteur du dommage afin d'obtenir personnellement réparation (c'est ce que l'on appelle l'action individuelle).

- Les créanciers sociaux :

En vertu de l'art. 757 al. 1<sup>er</sup> CO : « *Dans la faillite de la société lésée, les créanciers sociaux ont aussi le droit de demander le paiement à la société de dommages-intérêts* ». Ainsi, les créanciers ayant subi un dommage indirect peuvent agir au vu de la disposition précédemment énoncée seulement lorsque la société est devenue insolvable<sup>101</sup>. Comme pour les actionnaires et détenteurs de bons de participation, en présence d'un dommage indirect, seule l'action sociale oblique demeure ouverte. Il faut encore préciser qu'elle doit être exercée en premier lieu par la masse en faillite subsidiairement par les créanciers cessionnaires pour leur dommage indirect<sup>102</sup> (art. 757 al. 3 CO qui renvoie à l'art. 260 LP<sup>103</sup>). Les créanciers sociaux bénéficient évidemment d'un droit d'action individuelle, lorsqu'ils subissent un dommage direct.

S'agissant encore du dommage direct subi par les actionnaires et créanciers, leur droit d'agir en justice est limité lorsque la société faillie a elle-même subi un préjudice direct par la même occasion<sup>104</sup>. Dans une telle hypothèse, pour pouvoir agir en réparation de leur dommage direct, les actionnaires et créanciers doivent démontrer que le comportement de l'organe social viole des règles du droit de la société anonyme ayant pour but de protéger exclusivement leurs intérêts<sup>105</sup> ou agir en responsabilité sur la base d'un autre fondement juridique (art. 41 CO ou responsabilité fondée sur la confiance)<sup>106</sup>.

61

Les répercussions concrètes des concepts évoqués ci-dessus (ch. 2.3.1 à 2.3.3) dans l'assurance D&O seront examinées plus loin<sup>107</sup>.

62

#### 2.3.4 Préjudice purement économique

Comme nous l'avons vu, pour que l'assureur D&O intervienne, le préjudice subi par le lésé doit être de nature purement économique<sup>108</sup>.

63

#### 2.4 Lien de causalité entre la violation fautive du devoir et le dommage invoqué<sup>109</sup>.

La causalité est adéquate si le comportement considéré apparaît propre selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie à engendrer un résultat du type de celui qui s'est produit ou à

64

<sup>101</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit des sociétés, p. 662 N 577\*, lesquels précisent sur la base de l'ATF 122 III 166 que dans ce contexte, le concordat par abandon d'actifs est assimilé à la faillite ; CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, p. 171-172 N 500.

<sup>102</sup> CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, p. 173 N 847.

<sup>103</sup> Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1.

<sup>104</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit des sociétés, p. 662 N 578a ; ATF 117 II 432, 436 c. 1b ; ATF 131 III 306, 311 c. 3.1.2.

<sup>105</sup> De telles règles sont rares.

<sup>106</sup> BÖCKLI, p. 2463 ss N 287 ss ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit des sociétés, p. 662-663 N 578a.

<sup>107</sup> Voir *infra*, p. 25-26 N 107 ss.

<sup>108</sup> Voir *supra*, p. 8 N 31 ; BANDLE, p. 9 N 19 ; VON ARX, p. 106 ; sur la distinction entre préjudice matériel ou corporel d'une part et préjudice purement économique d'autre part, voir ATF 118 II 176 = JdT 1994 I 554.

<sup>109</sup> CR CO II-CORBOZ, art. 754 p. 1371 ss N 71 ss.

## L'assurance D&O

en favoriser l'avènement<sup>110</sup>. Il s'agit d'une question de droit<sup>111</sup>. Son examen nécessite un jugement de valeur<sup>112</sup>.

### 2.5 Violation d'un devoir

- 65 La responsabilité suppose qu'un devoir protégeant les intérêts de la société, de l'actionnaire ou d'un créancier ait été violé<sup>113</sup>, en d'autres termes : qu'un acte illicite ait été commis. En ce qui concerne les administrateurs, leur responsabilité sera le plus souvent engagée en relation avec les maximes de comportement du droit de la société anonyme que sont le devoir de diligence (art. 717 CO)<sup>114</sup>, le devoir de fidélité et le devoir de traiter les actionnaires de façon égale<sup>115</sup>. Il faut encore mentionner les devoirs qui découlent des art. 716a al. 1, 725 et 678 CO.

### 2.6 La faute

- 66 Pour que les membres du conseil d'administration ou toute autre personne chargée de la gestion ou de la liquidation engagent leur responsabilité, il faut encore que leur comportement soit d'une quelconque manière fautif, fût-ce légèrement<sup>116</sup>. L'on détermine l'existence d'une faute au regard de standards de comportement objectivés<sup>117</sup>.
- 67 S'agissant de la responsabilité civile de l'administrateur, la police d'assurance D&O couvre bien entendu la négligence légère (art. 14 al. 4 LCA). En outre, les assureurs D&O renoncent en général à se prévaloir de l'art. 14 al. 2 LCA et incluent également la négligence grave dans les polices<sup>118</sup>.
- 68 Il s'agit là de l'un des grands avantages d'une couverture du risque administrateur par la voie de l'assurance plutôt que par un accord d'indemnisation. En effet, toute disposition d'un accord d'indemnisation<sup>119</sup> qui tendrait à libérer d'avance l'administrateur de sa responsabilité pour faute grave est nulle (art. 100 al. 1 CO)<sup>120</sup>.

---

110 BSK OR II-GERICKE/WALLER, p. 1525 N 42 ; ATF 123 III 112 ; ATF 132 III 718 ; ATF 129 III 129 ; ATF 93 II 29.

111 WERRO, p. 72 N 233 ; ATF 123 III 110, c. 2 = JdT 1997 I 791, ATF 116 II 519, c. 4a = JdT 1991 I 634.

112 WERRO, p. 72 N 233.

113 BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 224 ss N 564 lesquels dressent une liste d'exemples tirés de la pratique judiciaire ; DÜRR/SETTELEN, p.77, lesquels mentionnent notamment le défaut d'organisation de la société (art. 716a ch. 1 CO) et le défaut de fixation des principes de comptabilité (art. 716a ch. 3 CO) qui se trouvent selon eux au premier plan.

114 Il s'agit du devoir le plus essentiel, l'art. 717 CO pouvant d'ailleurs être considéré comme la norme centrale de la responsabilité pour actes de gestion.

115 BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 223 N 563.

116 BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 228 N 587 ; ATF 122 III 195, 197 s.

117 BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 228 N 587 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, p. 1521 N 32.

118 Pour de plus amples détails, voir *infra*, p. 32 N 134 ; BÖCKLI, p. 1902 N 876 et p. 1907 N 891 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 72.

119 Voir *supra*, p. 4 N 16.

120 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 72.

### 3. Quelques chefs de responsabilité prévus par le droit public

#### 3.1 Généralités

Un risque de responsabilité relativement élevé pour les administrateurs résulte de l'application du droit des assurances sociales et du droit fiscal. Les conséquences financières d'une responsabilité dans lesdits domaines peuvent être lourdes pour les dirigeants d'une société. Tantôt l'objet d'exclusions expresses ou implicites, tantôt prises en charge par les assureurs<sup>121</sup>, les responsabilités de droit public ne peuvent être passées sous silence dans la présente contribution. 69

#### 3.2 La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement des cotisations (art. 52 LAVS)

##### 3.2.1 Généralités

L'art. 52 LAVS instaure une responsabilité de l'employeur pour le dommage qu'il cause intentionnellement ou par négligence à l'assurance en cas de défaut de paiement des cotisations sociales. 70

##### 3.2.2 Conditions de la responsabilité

La responsabilité de l'employeur est subordonnée à quatre conditions : un dommage, un acte illicite, une faute et un rapport de causalité. 71

Un dommage est causé chaque fois que des cotisations paritaires légalement dues par l'employeur à l'AVS échappent à cette assurance. Tel est le cas lorsqu'elles ne peuvent plus être perçues pour des raisons juridiques (vise principalement l'avènement de la péremption au sens de l'art. 16 al. 1 LAVS) ou de fait (vise le cas où les cotisations ne peuvent plus être encaissées selon la procédure ordinaire prévue par les art. 14 ss LAVS en raison de l'insolvabilité de l'employeur<sup>122,123</sup>). 72

En vertu de l'art. 14 al. 1 LAVS en lien avec les art. 34 ss RAVS, l'employeur doit retenir la cotisation du salarié lors de chaque paie et la verser à la caisse de compensation. Il doit également périodiquement remettre aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés afin que les cotisations puissent être calculées et faire l'objet de décisions<sup>124</sup>. Cette obligation constitue une tâche de droit public qui résulte de la loi, l'employeur qui ne la respecte pas commet un acte illicite<sup>125</sup>. Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire aux organes qui ont agi en son nom<sup>126</sup>. Lorsque la responsabilité incombe à un organe de l'employeur, l'illicéité suppose en outre une violation des règles sur la responsabilité de droit privé<sup>127</sup>. 73

<sup>121</sup> La prise en charge est certes rare en pratique.

<sup>122</sup> ATF 123 V 12 c. 5b ; ATF 112 V 156 c. 2.

<sup>123</sup> FRETZ, p. 239-240.

<sup>124</sup> FRETZ, p. 240.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

<sup>126</sup> BÖCKLI, p. 1905 N 883 ; ATF 123 V 12 c. 5b, confirmé in ATF 129 V 11 (traduit en français in pratique VSI 2003, p. 79) ; voir art. 52 al. 2 LAVS.

<sup>127</sup> FRETZ, p. 240.

## L'assurance D&O

- 74 La responsabilité suppose encore une faute qualifiée<sup>128</sup> de l'employeur compte tenu de la teneur de l'art. 52 al. 1 LAVS : « *L'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave n'observe pas des prescriptions* » et un lien de causalité naturel et adéquat entre l'acte illicite fautif et le dommage.

### 3.2.3 Exclusion de l'art. 52 LAVS de la couverture d'assurance

- 75 La responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS est, en principe, exclue de la garantie d'assurance D&O<sup>129</sup>. Les créances fondées sur l'art. 52 LAVS ne sont, en tous les cas, pas garanties dans l'éventualité où la police contient une exclusion expresse des créances fondées sur le droit public ou des créances en lien avec les cotisations AVS<sup>130</sup>. Parfois, la restriction de couverture ressort de la manière dont est définie la responsabilité dans la mesure où la couverture peut être prévue uniquement pour les prétentions fondées sur le droit de la responsabilité civile des organes. L'exclusion peut aussi découler de la manière dont est défini le dommage purement économique assuré. Les restrictions exprimées d'une manière ou d'une autre ressortent de la plupart des polices d'assurance<sup>131</sup>. En revanche, il arrive que les assureurs D&O garantissent aux PME une protection juridique dans les procédures administratives en lien avec l'art. 52 LAVS<sup>132</sup>.
- 76 En outre, certains assureurs sont prêts à renoncer à l'exclusion de couverture et concèdent une couverture tacite de la responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS. La renonciation est en pratique étroitement liée à la santé financière de la société (analysée annuellement) et réservée aux sociétés solvables<sup>133</sup>.

## 3.3 La responsabilité dans les lois fiscales

### 3.3.1 Généralités

- 77 Diverses lois fiscales fédérales prévoient une responsabilité solidaire, pour l'impôt dû par une personne morale, des personnes chargées de la liquidation jusqu'à concurrence du produit de la liquidation ou des organes de ladite personne morale jusqu'à concurrence de la fortune nette de la société (not. Art. 55 al. 1 LIFD ; art. 15 LIA ; art. 15 LTVA ; art. 11 Limpmin ; art. 8 LTab). Précisons d'emblée que si la plupart des lois fiscales emploient le terme de « responsabilité », elles ne se réfèrent pas à une responsabilité comparable à la responsabilité civile<sup>134</sup>. Les organes « répondent » ensemble avec la personne morale du prélèvement correct de l'impôt. De la sorte, ces lois ne prévoient pas de responsabilité en tant que tel mais une simple obligation fiscale solidaire<sup>135</sup>.

---

128 Pour le lien entre la faute qualifiée exigée à l'art. 52 LAVS et l'art. 14 LCA, voir HALLER, p. 286 N 707, lequel indique à juste titre que l'appréciation de la faute est particulière en droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) comparativement aux autres domaines du droit. Fort de ce constat, il se pourrait qu'une faute soit qualifiée de grave en droit de l'assurance vieillesse et survivants mais qu'elle ne soit pas considérée comme tel en droit des assurances privées et ne puisse pas donner lieu à réduction au sens de l'art. 14 al. 2 LCA.

129 BÖCKLI, p. 1905 N 885 ; HALLER, p. 286 N 705.

130 HALLER, p. 286 N 706, lequel précise que tel est le cas dans la plupart des couvertures d'assurances de la responsabilité civile des organes.

131 BÖCKLI, p. 1905 N 886 ; HALLER, p. 286 N 706.

132 Voir à ce sujet *infra*, p. 21 N 88.

133 HALLER, p. 287 N 708.

134 HALLER, p. 154 N 372.

135 *Ibidem*.



### 3.3.2 Prise en charge des créances d'impôt

Les créances d'impôts ne sont en principe pas assurables dans les assurances D&O<sup>136</sup>. De toute manière, les polices contiennent fréquemment une exclusion spécifique et expresse des créances de droit public ou créances en lien avec les impôts<sup>137</sup>. Une créance d'impôt peut être considérée comme non assurable par un raisonnement analogique à celui qui prévaut pour le risque d'entreprise dans les assurances RC d'entreprise<sup>138</sup>. Enfin, il peut être soutenu que l'impôt ne constitue pas un événement dont la survenance est incertaine, puisqu'il est prélevé périodiquement à des échéances fixes<sup>139</sup>.

78

## 4. Responsabilité pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes

### 4.1 Responsabilité individuelle

Le membre d'un organe peut se rendre punissable lorsqu'il commet une infraction. En effet, chacun est responsable des infractions qu'il commet, en réalisant personnellement les éléments constitutifs d'une infraction pénale (principe de primauté de la responsabilité individuelle)<sup>140</sup>.

79

### 4.2 Imputabilité du comportement punissable au membre d'un organe

Toutefois, il est devenu de plus en plus difficile d'imputer une infraction à une personne physique déterminée en raison des structures de plus en plus complexes des sociétés<sup>141</sup>. C'est pourquoi le législateur a adopté l'art. 29 CP. Cette disposition répond à la question de savoir qui répond comme intraneus lorsqu'une infraction est commise au sein d'une entreprise et que c'est cette dernière seulement qui possède la qualité spéciale exigée par la loi<sup>142</sup>. Par le jeu de l'art. 29 CP, le devoir particulier dont la violation fonde ou aggrave la punissabilité, peut être imputée au membre d'un organe de ladite société<sup>143</sup>. L'art. 29 CP ne crée pas une responsabilité objective pour l'infraction commise au sein de l'entreprise. L'auteur doit avoir agi ou omis d'agir fautivement<sup>144</sup>.

80

L'art. 29 CP vise les organes formels : notamment, les membres du conseil d'administration (let. a). Elle vise également les organes au sens matériel : le collaborateur qui dispose d'un certain pouvoir d'appréciation (let. c) et le dirigeant effectif tel l'actionnaire majoritaire ou unique (let. d).

81

136 STUDER/WANNER, p. 151 ; MEISE, p. 17 ; HÜTTE, p. 44 ; HALLER, p. 290 N 720.

137 HALLER, p. 290 N 720.

138 HALLER, p. 290 N 721.

139 BRULHART, Droit des assurances privées, p. 187 N 421 et p. 188 ss N 423 ss. qui indique que par le moyen du contrat d'assurance, le souscripteur entend obtenir une protection pour le cas où un événement redouté se réalise. Ce dernier doit être aléatoire, porter sur des événements futurs, avoir pour objet une chose ou une personne et être réel et licite ; or selon HALLER, p. 290 N 721, les échéances en matière fiscale sont généralement connues à l'avance ; *contra* BANDLE, p. 62 N 144, lequel considère que si l'assureur D&O souhaite exclure la couverture des conséquences financières contre une réclamation de l'Etat, il doit procéder à une exclusion expresse dans les conditions générales.

140 CASSANI, Infraction sociale, responsabilité individuelle, p. 44 ; GARBARSKY, p. 271 ; KESSELBACH, p. 97.

141 HEINE, p. 40 ; GARBARSKY, p. 272-273.

142 Sont concernées les infractions propres pures et mixtes.

143 CASSANI, Sur qui tombe le couperet pénal ?, p. 61.

144 CASSANI, Sur qui tombe le couperet pénal ?, p. 61.

### 4.3 Assurabilité de la responsabilité pénale du membre d'un organe

- 82 Que la responsabilité pénale du membre d'un organe soit individuelle ou imputée, elle n'est a priori pas assurable. La question n'est pas sans importance car il est de plus en plus courant que le membre d'un organe soit recherché parallèlement sur le plan civil (dommages-intérêts) et sur le plan pénal pour le même état de fait<sup>145</sup>.
- 83 De manière générale, l'assurance D&O tombe sous la prohibition de l'art. 20 CO (nullité des contrats illicites) si elle empêche la réalisation des buts de la loi pénale (tel serait le cas si l'assureur indemnisait le dirigeant des amendes qui lui ont été imposées par un juge pénal<sup>146</sup>). En revanche, comme nous le verrons, les frais liés à la défense contre une accusation en matière pénale peuvent dans une certaine mesure être pris en charge par l'assurance D&O<sup>147</sup>.
- 84 En bref, les conséquences financières d'infractions pénales telles les amendes, peines pécuniaires et « *punitive damages* »<sup>148</sup> ne sont pas couvertes<sup>149</sup>. En effet, le risque n'est assurable que s'il est réel d'une part et licite d'autre part. Licite en ce sens que l'objet du contrat d'assurance comme objet de tout contrat, ne saurait être contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs<sup>150</sup>. C'est précisément parce que les condamnations d'amende pénales tendent à réprimer un comportement contraire à l'ordre public qu'elles sont inassurables. Les conséquences civiles des infractions pénales, quant à elles demeurent assurables (dommages-intérêts)<sup>151</sup>.

## Chapitre 3 Protection juridique

### 1. Généralités

- 85 Le droit à la libération forme un pilier central et comprend l'obligation de l'assureur de libérer l'assuré des prétentions émises contre lui qui n'ont pas pu être écartées. Le droit à la libération n'est cependant pas nécessairement doublé d'un deuxième pilier, le droit à la protection juridique (« *Abwehrenspruch* », « *duty to defend* »). Au contraire, le droit à la protection juridique nécessite une disposition correspondante dans la police d'assurance de la responsabilité civile des organes<sup>152</sup>. La protection juridique de l'assuré signifie que l'assureur traite avec le lésé, transige, instruit l'avocat,

---

145 Ne serait-ce que pour bénéficier des avantages d'une procédure guidée par la maxime inquisitoire ; SCHMID, p. 103 s. ; GARBARSKY, p. 269 ; Hopt, p. 914 ; WEBER, p. 1.

146 BRULHART, Droit des assurances privées, p. 195 note de bas de page 414.

147 Voir *infra*, p. 21-22 N 89-90.

148 Ils sont exclus quand bien même ils ne constituent pas à proprement parler une sanction pénale, pour de plus amples détails, voir *infra*, p. 28 N 118-119 ; voir ég. HALLER, p. 284 N 698.

149 LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 167 ; HALLER, p. 284 N 696 ; pour les conséquences de droit pénal strict (amendes, peines pécuniaires), une clause prévoyant leur prise en charge par l'assurance serait illicite et nulle selon l'art. 20 al. 1 CO (cf. ATF 86 II 71 c. 4, 78 déclarant nul tout engagement-en l'occurrence un cautionnement-visant à relever le condamné d'une amende pénale ; confirmé in ATF 79 II 151, pour lequel il est exclu de reporter conventionnellement sur un tiers le paiement d'une amende, en tout ou en partie ; cf. ég. ATF 115 II 72 c. 2b et c, 75, qui, étend la solution à une amende étrangère, en raison de sa nature strictement personnelle et du rôle répressif qui doit légitimement lui revenir).

150 BRULHART, Droit des assurances privées, p. 195 N 439.

151 *Ibidem*.

152 HALLER, p. 165 N 394.

se charge de la conduite du procès (prestation de service), supporte les frais de justice et honoraires d'avocat (prestation pécuniaire)<sup>153</sup>.

## 2. Défense par l'assureur

L'assureur RC accorde habituellement à l'assuré une protection juridique passive<sup>154</sup> pour les prétentions émises à son encontre<sup>155</sup>. Malheureusement, cette fonction importante est, dans la plupart des assurances D&O offertes en Suisse, limitée à la couverture des dépenses nécessaires pour résister à des prétentions lorsqu'elles sont infondées jusqu'à hauteur de la limite de couverture fixée contractuellement<sup>156</sup>. La protection juridique des assureurs D&O offre toutefois deux avantages : elle ne fait pas l'objet d'une franchise et les frais de défense sont avancés par l'assureur<sup>157</sup>.

86

## 3. Frais de défense couverts

Par frais de défense, il faut comprendre toutes les charges qui sont en lien de causalité direct avec la défense contre des prétentions assurées<sup>158</sup>. Les frais de défense comprennent les frais de justice, les honoraires d'avocat, les honoraires d'expert et les autres dépenses nécessaires à la défense des droits de l'assuré dans le cadre du procès<sup>159</sup>.

87

## 4. Protection juridique en lien avec l'art. 52 LAVS

Certains assureurs D&O, sont prêts à assumer la défense ou à prendre en charge les frais de défense occasionnés par des prétentions fondées sur l'art. 52 LAVS élevées contre des PME mais non pas la créance étatique en tant que tel<sup>160</sup>.

88

## 5. Frais occasionnés par la défense en matière pénale

Les frais de défense pénale sont d'ordinaire pris en charge (imputés sur la somme assurée et jusqu'à concurrence d'une limite fixée contractuellement); toutefois, l'assureur de la responsabilité civile n'est pas tenu de le faire<sup>161</sup>. La couverture est subordonnée à ce que lesdites procédures soient engagées à raison d'un fait en lien étroit avec un fait fondant une prétention en réparation couverte à l'encontre de l'assuré<sup>162</sup>.

89

153 *Ibidem*.

154 Par quoi l'on entend le fait de résister à une prétention soulevée par un tiers par opposition à la protection juridique active qui implique l'initiative d'agir en justice ; LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 155 ; SCHAER, N 43 et 33.

155 HALLER, p. 163 N 387.

156 BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 235 N 599 ; sur la prise en charge tant que le caractère fondé ou infondé n'est pas connu, cf. BANDLE, p. 12 s. N 27 s. ; HALLER, p. 163 N 387.

157 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 74, qui précise qu'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 infondée ; BANDLE, p. 13 ss N 30 ss.

158 VON ARX, p. 92.

159 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 73 ; VON ARX, p. 92. ; BANDLE, p. 10 N 23.

160 HALLER, p. 286 N 707, lequel cite à titre d'exemple Liberty Mutual Insurance Europe.

161 LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 166 ; BÖCKLI, p. 1906 N 889.

162 HALLER, p. 284 N 696 ; LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 166.

- 90 Parfois les assureurs se réservent le droit de refuser la prise en charge des frais de recours en matière pénale lorsque les chances de succès sont faibles<sup>163</sup>.

## Chapitre 4

### Conséquences dommageables de la réalisation de l'état de fait

#### 1. Dommage subi par l'assuré

- 91 Nous examinons à présent la deuxième condition du sinistre ; la réalisation de l'état de fait assuré doit causer un dommage à l'assuré.
- 92 Premièrement, le lésé doit être touché dans ses droits patrimoniaux (atteinte purement économique) et subir pour ce motif une lésion de ces derniers. La lésion doit enfin se répercuter sur l'ensemble du patrimoine du lésé et par la même lui causer un préjudice purement économique. Nous parlons ensuite de dommage pour qualifier la perte de l'assuré<sup>164</sup> qui déclenche l'obligation d'indemnisation de l'assureur.
- 93 Le préjudice subi par le lésé et le dommage subi par l'assuré ont pour trait commun de pouvoir être mesurés en argent. Cependant, leurs montants ne sont pas identiques. Le dommage de l'assuré peut être plus élevé que le préjudice de la victime, par exemple si l'on ajoute les frais de défense du responsable<sup>165</sup>.

#### 2. Indemnisation par l'assureur

##### 2.1 Couverture des dommages-intérêts

- 94 Pour que l'assurance indemnise la perte patrimoniale subie par l'assuré, la responsabilité de ce dernier doit être constatée en raison d'un jugement, d'une sentence arbitrale ou en vertu d'une transaction. Les dirigeants assurés doivent être effectivement tenus au versement de dommages-intérêts. Ceux-ci sont alors couverts par l'assureur D&O à concurrence de la somme assurée, réduite de la franchise<sup>166</sup>.

##### 2.2 Défense des assurés

- 95 La prestation de l'assureur, visant à indemniser l'assuré des frais de défense, est subordonnée à la condition que le preneur doive effectivement se défendre contre une prétention couverte par le contrat<sup>167</sup>.

##### 2.3 Conditions supplémentaires

- 96 Nous précisons que la couverture est soumise encore à d'autres conditions :

---

<sup>163</sup> LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 167, lequel cite à titre d'exemple l'art. 7 let. c des conditions générales d'assurance D&O (10.2008) de la Zurich assurance, cela vaut aussi pour les recours en matière administrative.

<sup>164</sup> Engendrée par la réclamation du lésé qui constitue une atteinte aux intérêts patrimoniaux de l'assuré.

<sup>165</sup> BUNDLE, p. 62 N 145.

<sup>166</sup> BUNDLE, p. 18 N 40.

<sup>167</sup> BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 73, lequel indique qu'il arrive que la couverture pour frais de défense soit limitée aux prétentions injustifiées.

- Le préjudice du lésé doit avoir été causé lors d'une activité prévue dans le contrat.
- La victime doit avoir introduit sa réclamation dans la période prévue par le contrat<sup>168</sup>.
- Les assurés ne doivent pas avoir violé leurs obligations et incombances contractuelles.

## Chapitre 5

### Lien de causalité

Nous examinons désormais la troisième et dernière condition du sinistre. Il doit exister un lien de causalité entre la réalisation de l'état de fait assuré (prétentions en dommages-intérêts ou défense contre ces dernières) et les conséquences dommageables (condamnation à des dommages-intérêts ou frais effectivement occasionnés par la défense en vue d'éviter ladite condamnation). Les chefs de responsabilité légaux ayant pour sujet les membres des organes d'une société ne les concernent que dans la mesure où ils ont agi en qualité d'organe<sup>169</sup>. Si un membre du Conseil d'administration viole un contrat conclu séparément avec la société ou s'approprie des valeurs patrimoniales appartenant à la société, il n'agit pas en qualité d'organe. De sorte que toutes les conditions du sinistre ne sont pas réalisées. En effet, dans l'hypothèse précitée un lien de causalité entre un cas de responsabilité couvert par l'assureur et les conséquences dommageables fait défaut.

97

---

168 Voir *infra*, p. 29-30 N 122 ss.

169 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 337.

#### IV. Etendue de la couverture de l'assurance D&O

### Chapitre 1

## Personnes couvertes et lésés

### 1. Les personnes couvertes

#### 1.1 Les conditions générales

- 98 Le cercle des personnes couvertes est toujours détaillé dans les conditions générales de l'assurance D&O. Il s'agit en principe toujours de personnes physiques qui exercent une activité dans l'un des organes du preneur<sup>170</sup>. Comme le souligne Bandle, afin d'augmenter la transparence, il est recommandable de définir, pour chaque société preneur d'assurance, quelles fonctions ou quels rangs hiérarchiques confèrent le statut d'assuré<sup>171</sup>.

#### 1.2 Les membres des organes

- 99 En Suisse, les SA sont dirigées par des organes. Parmi ces derniers, l'assurance D&O offre une protection à tous les membres actuels, anciens et futurs du conseil d'administration, de la direction et de l'organe de révision ainsi qu'aux employés occupant une position d'organe de fait<sup>172</sup>. L'assemblée générale est en revanche exclue.
- 100 L'assurance D&O a trait aux personnes individuelles qui composent les organes de la société<sup>173</sup>. En effet, elle intervient en cas de responsabilité personnelle des dirigeants, telle qu'elle est prévue par la loi<sup>174</sup>. Celle-ci ne connaît pas la responsabilité d'un organe *in corpore*<sup>175</sup>.
- 101 Comme nous l'avons vu, la protection d'assurance garantie protège le patrimoine des personnes assurées et non pas le patrimoine de la société même si cette dernière paie les primes d'assurance<sup>176</sup>.
- 102 Les organes de personnes morales créées ou acquises par la société preneur d'assurance pendant la durée du contrat sont en principe provisoirement assurés jusqu'à l'échéance de la prochaine prime<sup>177</sup>.

---

170 VON ARX, p. 90.

171 BANDLE, p. 168 N 398 ; nous rappelons que dans l'assurance D&O, les assurés ne sont pas cités nommément dans la police.

172 HALLER, p. 177 N 423 ; BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 235 N 600 ; OBERHÄNSLI, p. 363.

173 BANDLE, p. 153 N 369.

174 *Ibidem*.

175 Le système suisse prévoit au contraire une responsabilité solidaire entre les divers membres d'un organe, voir *infra*, p. 34 N 141 ss, ainsi qu'entre la société et les organes, voir *infra*, p. 26 N 110 ; BANDLE, p. 153 N 369 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, p. 420 N 5.

176 HALLER, p. 162 N 385.

177 BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 235 N 601 ; Cette extension est souvent nommée « couverture automatique ». Cf. BANDLE, p. 198 ss N 489 ss.

### 1.3 La société ?

La société preneur d'assurance ne fait pas partie du cercle des personnes couvertes et ne peut pas prétendre à des indemnités de l'assureur<sup>178</sup>. Il faut évidemment réserver les clauses de « *company reimbursement* ». 103

Les dommages que la société subit en tant que preneur d'assurance en raison d'un comportement fautif des personnes couvertes sont parfois couverts bien qu'il s'agisse de dommages propres<sup>179</sup>. Ainsi, la prétention émise par les actionnaires (en tout temps) ou les créanciers (dans le cas de la faillite seulement) à raison d'un dommage indirect au nom de la société est couverte<sup>180</sup>. 104

### 1.4 Autres personnes couvertes

Les assurances D&O couvrent non seulement la responsabilité des dirigeants de la société preneur d'assurance, mais également automatiquement celle des dirigeants des sociétés filiales du preneur d'assurance du moins aussi longtemps qu'elles n'ont pas été explicitement exclues de la police d'assurance. Cette solution empêche des conflits entre les dirigeants de la société mère et ceux de la filiale lorsqu'un préjudice a été causé<sup>181</sup>. 105

Les héritiers et époux des personnes couvertes sont en général aussi assurés dans la mesure où les prétentions dirigées contre eux se rapportent à la violation d'un devoir par l'une desdites personnes couvertes dans l'exercice d'une activité faisant l'objet du contrat d'assurance<sup>182</sup>. 106

## 2. Les lésés

### 2.1 Créanciers, actionnaires, participants et la société

#### 2.1.1 Action individuelle et sociale oblique

En droit suisse, la réparation du préjudice direct peut être exigée des organes responsables en tout temps par les lésés, qu'il s'agisse des actionnaires ou des créanciers<sup>183</sup>. En principe, les dommages causés aux assurés par des réclamations des actionnaires sont couverts par l'assurance D&O<sup>184</sup>. En ce qui concerne les réclamations des créanciers, là aussi tant l'action individuelle que l'action sociale oblique est couverte<sup>185</sup>. Dès lors, les assureurs D&O sont tenus d'indemniser les dirigeants assurés qui se voient confrontés à une action en responsabilité pour le préjudice indirect subi par les créanciers en raison de la faillite de la société<sup>186</sup>. 107

<sup>178</sup> BUNDLE, p. 188 N 463.

<sup>179</sup> HALLER, p. 163 N 386.

<sup>180</sup> Pour plus de détails au sujet de la prise en charge de l'action sociale oblique, voir *infra*, p. 25 N 107 ; BUNDLE, p. 217 N 528 note de bas de page 845.

<sup>181</sup> VON ARX, p. 90, lequel affirme que l'assurance D&O englobe toute la structure sociale (« *Gesellschaftsstruktur* ») ; BUNDLE, p. 198 N 489 ; ZBINDEN, p. 725-726.

<sup>182</sup> ZBINDEN, p. 725-726.

<sup>183</sup> BUNDLE, p. 219 N 533 ; avec quelques cautions, notamment lorsqu'à raison du même acte, la société subit elle aussi un dommage direct, voir *supra*, p. 15 N 61.

<sup>184</sup> BUNDLE, p. 228 N 552.

<sup>185</sup> BUNDLE, p. 217 N 528 note de bas de page 845.

<sup>186</sup> BUNDLE, p. 234 s. N 566 ss.

## L'assurance D&O

### 2.1.2 Action sociale et recours de la société contre ses organes responsables

- 108** L'assurance D&O est destinée à indemniser des dirigeants qui subissent un dommage pour avoir causé un préjudice à une ou plusieurs personnes tierces, voire à la société<sup>187</sup>. L'hypothèse examinée ici, est celle dans laquelle, la société exige elle-même réparation du préjudice de la part des dirigeants que ceux-ci lui ont causé directement (action sociale) ou qu'elle a subi pour avoir dû indemniser les tiers lésés (recours)<sup>188</sup>.
- 109** La plupart des assureurs D&O excluent de la couverture le préjudice invoqué par la société preneur d'assurance<sup>189</sup>. Si l'on comprend pourquoi l'action sociale n'est pas prise en charge, l'on voit mal pourquoi le recours ne le serait pas.
- 110** En effet, la société répond des actes de ses organes en raison des art. 55 al. 2 CC et 722 CO. Entre la société et les organes, il y a solidarité. Par conséquent, une fois que la société a obtenu réparation, elle peut se retourner contre les personnes à l'origine du préjudice. Or, dans une situation où les lésés subissent un dommage indirect et sont en mesure d'intenter une action sociale oblique mais préfèrent attaquer la société, les prétentions récursoires de la société ne seront pas prises en charge. L'action sociale oblique, quant à elle, l'aurait été. L'intervention de l'assureur est donc fonction du choix du lésé<sup>190</sup>.

### 2.1.3 Droits du lésé

- 111** En principe, lorsqu'un préjudice est causé par son auteur à un lésé, ce dernier ne peut s'adresser qu'au seul responsable pour obtenir réparation (effet relatif des conventions). Le lésé court ainsi le risque de ne jamais être indemnisé en raison d'une éventuelle insolvabilité du responsable. Pour renforcer la position du lésé, trois mécanismes principaux peuvent être mis en place par la loi.
- 112** Premièrement, certains chefs de responsabilité mettent en place un régime de responsabilité objective simple ou aggravée<sup>191</sup>. Deuxièmement, la loi peut prévoir une obligation de contracter une assurance responsabilité civile pour un risque particulier doublé d'un droit d'action direct de la victime à l'encontre de l'assureur RC et par ce biais résoudre la question de la solvabilité du responsable. Mais il se peut pour diverses raisons que dans le rapport d'assurance entre le responsable et l'assureur RC, ce dernier soit au bénéfice d'exceptions ou objections lui permettant de refuser l'exécution de sa prestation prévue dans le contrat d'assurance RC<sup>192</sup>. C'est pourquoi un troisième mécanisme permettant de renforcer la position de la victime consiste à prévoir une interdiction pour l'assureur de soulever à l'égard de la victime des exceptions/objections découlant du rapport d'assurance<sup>193</sup>.

---

187 Notamment par la prise en charge de l'action sociale oblique, voir *supra*, p. 25 N 107 ; BANDLE, p. 217 N 527.

188 Pour une présentation détaillée, voir BANDLE, p. 260 ss N 625 ss.

189 BANDLE, p. 263 N 630.

190 BANDLE, p. 263-264 N 631 qui précise ce que ce choix sera le plus souvent dicté au lésé en fonction de la santé financière de la société preneur d'assurance ; ce que BANDLE, p. 264 N 632, qualifie de situation paradoxale. Nous partageons son avis.

191 Tel est le cas de la responsabilité prévue à l'art. 58 LCR.

192 Telle qu'une réduction de la prestation pour faute grave au sens de l'art. 14 al. 2 LCA.

193 BRULHART, Droit des assurances privées, p. 31 N 65.



En Suisse, le tiers lésé ne dispose d'aucun des trois mécanismes précités, par conséquent d'aucun droit à l'égard de l'assureur RC du responsable à moins qu'une loi spécifique ne le prévoie<sup>194</sup>. Or, aucune norme ne le prévoit pour l'assurance D&O<sup>195</sup>. 113

En revanche, les lésés sont au bénéfice de l'art. 60 LCA. Cette disposition a pour but d'empêcher qu'en cas d'insolvabilité de la personne responsable du dommage, l'indemnité due par l'assureur soit dilapidée et tombe dans la masse en faillite<sup>196</sup>. L'art. 60 al. 1 LCA autorise l'assureur à verser la prestation directement à la victime et garantit à cette dernière un droit de gage empêchant ainsi l'intégration de la prestation d'assurance dans la masse en faillite du preneur<sup>197</sup>. 114

## 2.2 Les employés

La couverture peut s'étendre aux prétentions que des employés font valoir contre les assurés<sup>198</sup>. 115

## 2.3 L'Etat

Nous avons vu deux cas dans lesquels, des normes de droit public prévoient une responsabilité personnelle des dirigeants lorsque la société ne fait pas face à ses obligations à l'encontre des autorités étatiques<sup>199</sup>. Ainsi, des autorités étatiques telles que la caisse de compensation AVS ou le fisc peuvent revêtir la qualité de lésés. Cependant, une exclusion de couverture des prétentions de l'Etat se déduira souvent des conditions générales<sup>200</sup>. 116

# Chapitre 2

## L'étendue géographique et temporelle de l'assurance D&O

Dans le chapitre susmentionné, nous examinerons la couverture des assureurs D&O par rapport au lieu et au moment où la prétention est émise. 117

<sup>194</sup> Un droit d'action direct du lésé est par exemple prévu dans le domaine de la circulation routière (art. 65 LCR) et dans le domaine nucléaire (art. 19 LRCN) ; BRULHART, Droit des assurances privées, p. 335 N 727 ; BUNDLE, p. 58 N 134 ; BREHM, N 563 ; GROSS, p. 42 ; MAURER, p. 547 ; ROELLI/JAEGGER, Tome II ad art. 59 LCA n 26.

<sup>195</sup> L'on peut toutefois se demander si l'obligation de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur (art. 328 CO) comprend l'obligation de conclure une assurance D&O, lorsque le dirigeant considéré est lié par un contrat de travail à la société ; MUSTAKI/URBEN, p. 324 ; LUTERBACHER, Versicherung und Revisionhaftung, p. 866 N 87, lequel s'oppose à la systématisation des couvertures d'assurance responsabilité civile pour les administrateurs au motif que les assureurs n'étant justement pas dans l'obligation de souscrire quel que contrat que ce soit, cela pourrait de facto conduire à décider de qui aurait le « droit » d'exercer en tant qu'administrateur et qui ne l'aurait pas ; LUTERBACHER, D&O Versicherung, p. 143-144.

<sup>196</sup> VVG-CARRON, p. 848 N 2 ; LUTERBACHER, D&O Versicherung, p. 143 ss.

<sup>197</sup> BRULHART, Droit des assurances privées, p. 335 N 727 ; VVG-CARRON, p. 848 N 1 ss.

<sup>198</sup> BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 235 N 602. Ces prétentions peuvent à certaines conditions (cf. ATF 122 III 76, c. 7b), être élevées en-dehors d'une faillite de la société. Sur la couverture de telles prétentions en général, BUNDLE, p. 181 ss N 447 ss et p. 242 ss N 581 ss.

<sup>199</sup> Voir *supra*, p. 17 ss N 69 ss.

<sup>200</sup> Voir *supra* p. 18-19 N 75 ss.

## 1. La couverture spatiale

- 118 Si la couverture est limitée dans le temps comme nous le verrons, elle ne l'est pas d'emblée dans l'espace. Les polices d'assurance D&O s'étendent en principe au monde entier<sup>201</sup>. Cela n'empêche pas les assureurs d'être méfiant à l'égard de l'Amérique du Nord, et de réserver dans leurs contrats d'assurance un régime particulier à ce qu'ils dénomment les « *US claims* »<sup>202</sup>. Cette expression désigne les prétentions soulevées devant une juridiction nord américaine (Etats-Unis et Canada) ou fondées sur le droit américain ou canadien<sup>203</sup>. Le motif du besoin de la couverture demandée résulte souvent de la forte exposition au risque que constitue l'activisme judiciaire (notamment en ce qui concerne les « *punitiv damages* ») régnant dans lesdits pays.
- 119 Fort de ce constat, les compagnies d'assurance suisses excluent parfois de la couverture les Etats-Unis et le Canada par une clause de validité territoriale<sup>204</sup>. Toutefois, la limitation de couverture ne se traduit pas systématiquement par une exclusion pure et simple des « *US claims* ». Certains assureurs offrent une couverture certes à des conditions plus restrictives<sup>205</sup>. Les compagnies d'assurance américaines, quant à elles, offrent de couvrir le risque au niveau mondial<sup>206</sup>.

## 2. Etendue temporelle de la couverture

### 2.1 Durée des polices D&O

- 120 Une police est rarement conclue pour une durée indéterminée. La garantie d'assurance naît et prend fin à des dates bien précises<sup>207</sup>. En effet, revêtant un caractère successif, le contrat d'assurance déploie ses effets dans le temps, souvent d'ailleurs, la couverture elle-même régleme sa durée<sup>208</sup>.
- 121 Les polices d'assurance D&O sont conclues en principe pour une durée limitée à une année (exceptionnellement deux ans), la probabilité de survenance du risque au sein de la société preneur d'assurance (y compris le renouvellement du questionnaire) étant examinée chaque année par l'assureur D&O<sup>209</sup>. Le contrat prévoit en général un renouvellement par tacite reconduction de la police, avec une faculté de résiliation de part et d'autre avec trois mois de préavis du moins dans la mesure où la société preneur d'assurance est une PME<sup>210</sup>. Le renouvellement automatique a lieu pour des périodes d'une année, la loi ne permettant pas davantage (art. 47 LCA)<sup>211</sup>.

---

201 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 71 ; VON DER CRONE, p.4 ; BÖCKLI, p. 1902 N 876, lequel précise que savoir si l'assurance D&O offerte par un assureur suisse couvre les prétentions fondées sur le droit américain doit être clarifié dans un cas concret.

202 BUNDLE, p. 275 N 660 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 72.

203 BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 236 N 605 ; ZBINDEN, p. 727 ; *contra* BÖCKLI, p. 1906 N 888, lequel indique que l'assurance D&O à l'exception des autres assurances de la responsabilité civile des organes qui couvrent exclusivement les prétentions fondées sur le droit suisse voire fondées sur le droit des pays européens dans les polices plus récentes, couvre en principe les prétentions fondées sur le droit américain ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 72.

204 BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 236 N 605 ; BUNDLE, p. 275 ss N 660 ss.

205 BUNDLE, p. 276 N 660 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 72, lequel donne l'exemple d'une limitation des prestations assurées et/ou des primes supplémentaires et/ou une franchise plus importante.

206 BAUEN/BERNET/ROUILLER, p. 235 N 605.

207 BUNDLE, p. 278 N 668.

208 BRULHART, Droit des assurances privées, p. 198 N 447.

209 VON ARX, p. 94 ; BÖCKLI, p. 1903 N 876c ; LUTERBACHER, D&O Versicherung, p. 137.

210 VON ARX, p. 94 ; LUTERBACHER, D&O Versicherung, p. 167ss, qui indique qu'en principe le contrat n'est pas renouvelé automatiquement à son expiration sauf exception ; HALLER, p. 233 N 577, lequel affirme qu'un

## 2.2 Principe « *claims made* »

### 2.2.1 Généralités

Le champ d'application temporel de l'assurance de la responsabilité civile des organes est délimité à l'aide de la thèse de la demande de réparation (« *Anspruchserhebungsprinzip* » ou clause « *claims made* »)<sup>212</sup>. Selon ce système, il importe peu que l'acte du dirigeant générateur de responsabilité intervienne pendant la période effective d'assurance, il faut en outre que la prétention en réparation soit formulée contre l'assuré pendant la durée du contrat<sup>213</sup>. Le principe « *claims made* » provient à la base du marché de l'assurance anglo-américain et s'est imposé dans le domaine de l'assurance de la responsabilité civile respectivement assurance D&O<sup>214</sup>. 122

La définition de « *claim* » est comprise largement : une lettre faisant état d'une demande à un organe de la société et contenant une allégation de responsabilité du dirigeant assuré est en principe suffisante<sup>215</sup>. Des aménagements atténuant la rigueur du système sont cependant possibles. A titre d'exemple, une extension de la période d'assurance au-delà de la durée contractuelle peut être convenue<sup>216</sup>. 123

En bref, selon le système du « *claims made* », le sinistre n'est réalisé qu'à partir du moment où le lésé fait valoir des prétentions en justice<sup>217</sup>. 124

### 2.2.2 Clause « *claims made* » en assurance D&O

Pour rappel selon la définition de Bandle, en assurance D&O : « *le risque est constitué par les pertes patrimoniales subies par des dirigeants d'entreprise à la suite de prétentions en dommages-intérêts émises contre eux* »<sup>218</sup>. Cette définition a priori simple pose problème lorsqu'il s'agit de définir l'étendue temporelle de l'assurance D&O<sup>219</sup>. 125

Le risque assuré d'une part doit être distingué du champ d'application temporel d'autre part. La survenance du risque assuré ne conduit pas immédiatement au sinistre. Deux événements doivent être distingués<sup>220</sup>. Dans le cadre d'une assurance responsabilité civile, le premier événement est toujours la commission de l'acte (respectivement omission) générateur de responsabilité. Le deuxième événement consiste en la mise en cause de la responsabilité de l'assuré (moment auquel le délai de prescription au sens de l'art. 46 al. 1 LCA commence à courir)<sup>221</sup>. 126

---

renouvellement automatique n'est pas habituel dans le cadre d'une assurance de la responsabilité civile des organes même si cela peut arriver.

211 BRULHART, Droit des assurances privées, p. 198 N 447 lequel précise qu'il s'agit d'une disposition impérative au sens de l'art. 98 al. 1 LCA ; BANDLE, p. 293 N 706 ; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 70.

212 ZBINDEN, p. 727 ; pour une présentation synthétique des différentes conceptions possibles du moment de la survenance du sinistre dans l'assurance responsabilité civile, voir BRULHART, Droit des assurances privées, p. 263 ss N 576 ss.

213 BANDLE, p. 290-291 N 697 ; BRULHART, Droit des assurances privées, p. 264 N 576 ; N 697 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 70.

214 VON ARX, p. 92.

215 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 71 ; MANNSDORFER, p. 234 ; BANDLE, p. 289 N 694.

216 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 71 ; BRULHART, Droit des assurances privées, p. 267 N 580.

217 HALLER, p. 165 N 390 ; BRULHART, Droit des assurances privées, p. 264 N 576.

218 BANDLE, p. 8 N 18.

219 Etant précisé que le raisonnement qui suit vaut en partie pour toute assurance de la responsabilité civile.

220 FUHRER, Claims-made-policen, p. 102, lequel illustre la distinction par un exemple concret.

221 SJ 1990 p. 90 c. 2.

127 Le champs d'application temporel correspond au temps (souvent important) qui s'écoule entre l'acte générateur de responsabilité et la naissance du litige à propos de la responsabilité d'un dirigeant. Durant ce laps de temps, le contrat peut être modifié et l'assureur remplacé. Un corpus de règles est donc nécessaire pour assigner une période d'assurance au cas de responsabilité civile. Le fait de faire valoir une prétention en dommages-intérêts à l'égard d'un dirigeant d'entreprise ne constitue pas le risque assuré<sup>222</sup>, la clause « *claims made* » a uniquement pour but d'indiquer que la demande de réparation doit intervenir pendant la période d'assurance.

### 2.2.2 Assurance rétroactive

128 Fort de ce constat, une clause « *claims made* » implique une assurance rétroactive du moins lorsque l'acte générateur de responsabilité a été commis avant la conclusion du contrat<sup>223</sup>. De telles assurances sont à vrai dire interdites compte tenu du caractère impératif de l'art. 9 LCA (art. 97 LCA). Selon l'art. 10 LCA « *La règle de l'art. 9 de la présente loi ne s'applique aux assurances-incendie relatives à des objets situés à l'étranger et aux assurances-transport que si les deux parties, lors de la conclusion du contrat, savaient que le risque avait disparu ou que le sinistre était survenu.*

<sup>2</sup>*Si, lors de la conclusion du contrat, l'assureur seul savait que le risque avait déjà disparu, le preneur d'assurance n'est pas lié par le contrat. L'assureur n'a droit ni à la prime ni au remboursement de ses frais.*

<sup>3</sup>*Si, lors de la conclusion du contrat, le preneur seul savait que le sinistre était déjà survenu, l'assureur n'est pas lié par le contrat; il a droit au remboursement de ses frais.* ». Selon Fuhrer, il est compatible avec la ratio legis de l'art. 10 LCA d'interpréter de manière extensive cette disposition et d'étendre les exceptions à l'interdiction de l'assurance rétroactive aux assurances de la responsabilité civile comprenant une clause « *claims made* »<sup>224</sup>.

129 La clause « *claims made* » engendre dans certaines circonstances de gros désagréments. L'assureur a la possibilité après chaque sinistre de résilier le contrat moyennant quoi les préjudices déjà causés par un assuré mais pas encore connus de l'assureur ne seront pas pris en charge<sup>225</sup>.

## Chapitre 3 Etendue matérielle

### 1. Refus de couverture

#### 2.1 Généralités

130 La protection d'assurance garantie dans les assurances de la responsabilité civile l'est uniquement dans la mesure de l'étendue de la couverture fixée contractuellement<sup>226</sup>. En présence d'un cas d'exclusion prévu dans les conditions générales<sup>227</sup>, l'assuré ne peut prétendre à aucune prétention.

<sup>222</sup> FUHRER, Claims-made-policen, p. 102 ; *contra* FREY/EISENRING.

<sup>223</sup> FUHRER, Claims-made-policen, p. 102 ; BRULHART, Droit des assurances privées, p. 266 N 577.

<sup>224</sup> FUHRER, Claims-made-policen, p. 102 – 103 ; ZBINDEN, p. 727, lequel partage l'avis de Fuhrer. Il indique en sus que dans l'assurance de la responsabilité civile des organes, une clause appelée « *Vorrisikodeckung* » selon laquelle l'assurance de la responsabilité civile des organes comprend aussi les violations de devoir perpétrées avant le début du contrat dans la mesure où la personne assurée au moment de la conclusion de l'assurance n'avait aucune connaissance de la violation du devoir et ne pouvait et ne devait pas l'inférer des circonstances, est généralement prévue ; selon BÖCKLI, p. 1907 N 892, en assurance D&O, s'applique le principe « *claims made* » à l'état pur de sorte que toutes les prétentions élevées pendant la période d'assurance sont couvertes.

<sup>225</sup> FUHRER, Claims-made-policen, p. 103.

<sup>226</sup> LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 167.

<sup>227</sup> Cf. BÖCKLI, p. 1903 ss N 877 ss. ; LUTERBACHER, D&O Versicherung, p. 167ss.

A cela s'ajoute que l'étendue de la protection d'assurance peut être influencée par le comportement du preneur d'assurance et de l'assuré.

A titre d'exemple, si le preneur d'assurance ne s'acquitte pas des primes<sup>228</sup> ou si les ayants droits n'effectuent pas les obligations qui leur incombent, la protection d'assurance peut être suspendue ou prendre fin<sup>229</sup>. Si un assureur de la responsabilité civile des organes arrive à la conclusion que le risque assuré n'est pas survenu - bien que la personne ait annoncé le sinistre - en raison d'une déclaration insuffisamment détaillée de l'assuré, la couverture peut être refusée<sup>230</sup>. Les assureurs D&O exigent une annonce qualifiée en principe écrite<sup>231</sup>. La couverture peut également être refusée si le sinistre est réalisé avant ou après la période d'assurance et qu'aucune assurance n'a été conclue en lien avec ce dernier<sup>232</sup>.

131

## 2.2 Cas d'exclusion fréquents

Les conditions générales d'assurance contiennent toutes des listes d'exclusions. Il est recommandé de la part d'un preneur bienveillant de demander plusieurs offres et d'examiner en détail les cas d'exclusion étant donné qu'il subsiste là d'importantes différences entre les compagnies d'assurance<sup>233</sup>. Dans la plupart des assurances D&O, les exclusions de couverture suivantes sont instaurées dans les conditions générales :

132

- l'action tendant au paiement de dommages-intérêts intentée à l'encontre des membres du conseil d'administration ou de la direction par la société<sup>234</sup> et des assurés eux-mêmes<sup>235</sup>.
- les prétentions dont l'origine est une atteinte à l'environnement<sup>236</sup>,
- les sanctions à caractère pénal, telles que les amendes, peines pécuniaires ou dommages-intérêts punitifs (« *punitive damages* »)<sup>237</sup>,
- les préjudices corporels et matériels, y compris les préjudices en découlant<sup>238</sup>,
- les dommages découlant d'un acte ou d'une omission qui ont été commis en dehors de la capacité de dirigeant de la société preneur d'assurance (« *outside directorship* »)<sup>239</sup>,
- les préjudices dus à la violation intentionnelle de dispositions légales, statutaires ou réglementaires<sup>240</sup> et,
- le risque lié à la responsabilité pour le prospectus d'émission (art. 752 CO)<sup>241</sup>.

228 Voir les art. 19 à 21 LCA.

229 Parfois la sanction prend la forme d'une faculté donnée à l'assureur de réduire la prestation, c'est ce que prévoit l'art. 38 al. 2 LCA en présence d'une omission d'annonce. ; LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 167-168 ; LUTERBACHER, D&O Versicherung, p. 183ss.

230 LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, zivilprozess-, und Versicherungsrecht, p. 168.

231 LUTERBACHER, D&O Versicherung, p. 150 ; BRULHART, Droit des assurances privées, p. 271-272 N 592 - 594, lequel indique que la violation d'une obligation de renseignements au sens de l'art. 39 al. 1 ou 39 al. 2 ch. 1 LCA peut avoir pour seule conséquence l'inexigibilité de la prestation d'assurance à moins que d'autres conséquences ne soient prévues par le contrat (art. 39 al. 2 ch. 2 LCA).

232 BÖCKLI, p. 1907-1908 N 892 ss.

233 OBERHÄNSLI, p. 363.

234 qu'elle agisse par la voie de l'action sociale ou par la revendication de prétentions récursoires, voir *supra*, p. 26 N 108 ss ; BÖCKLI, p. 1906 N 887.

235 BUNDLE, p. 217 N 528.

236 HALLER, p. 263 N 655.

237 Voir *supra*, p. 19 s. N 79 ss.

238 Pour les dommages consécutifs, la pratique est plus nuancée, voir *supra*, p. 8 N 32.

239 Voir *supra*, p. 23 N 97.

240 Voir ég. art. 14 al. 1 LCA.

241 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 69.

## 2. Renonciation par l'assureur de droits conférés par la LCA

### 2.1 Généralités

- 133 Dans les conditions générales de l'assurance D&O, l'assureur renonce parfois à certains droits que lui confère la LCA au profit de ses assurés.

### 2.2 Renonciation à réduire la prime en présence d'une faute grave

- 134 En vertu de l'art. 14 al. 2 LCA : « *Si le preneur d'assurance ou l'ayant droit a causé le sinistre par une faute grave, l'assureur est autorisé à réduire sa prestation dans la mesure répondant au degré de la faute.* ». Un acte peut être considéré comme lourdement fautif lorsqu'il viole les règles élémentaires de la prudence qui s'imposeraient à toute personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances de fait<sup>242</sup>. Pour la plupart, les assureurs D&O renoncent à leur droit de réduire la prestation d'assurance en cas de faute grave<sup>243</sup>.

### 2.3 Renonciation à la suppression du droit à la prestation en présence d'une aggravation du risque

- 135 Tout preneur d'assurance est en principe invité par l'assureur à immédiatement l'informer par écrit des aggravations de risque définies dans les conditions générales<sup>244</sup>. On peut citer à titre d'exemple :
- le changement de contrôle de la société preneur d'assurance (transfert de patrimoine, fusion ou scission), ou
  - l'acquisition d'une société fille dont le siège est aux Etats-Unis par le preneur d'assurance<sup>245</sup>.

- 136 En vertu de l'art. 28 al. 1 LCA : « *Si le preneur provoque une aggravation essentielle du risque au cours de l'assurance, l'assureur cesse pour l'avenir d'être lié par le contrat.* ». Or, il est renoncé à ce droit dans la plupart des conditions générales<sup>246</sup>.

### 2.4 Renonciation au droit de résilier en présence d'un dommage partiel

- 137 En vertu de l'art. 42 al. 1 LCA : « *S'il n'y a qu'un dommage partiel et si, pour ce dommage, une indemnité est réclamée, l'assureur et le preneur ont le droit de se départir du contrat au plus tard lors du paiement de l'indemnité* ». Il est là encore renoncé à ce droit dans la plupart des assurances D&O<sup>247</sup>.

### 2.5 Renonciation à la résiliation ex lege du contrat en cas de faillite

- 138 Selon l'art. 55 al. 1 LCA : « *En cas de faillite du preneur d'assurance, le contrat prend fin à la date d'ouverture de la faillite* ». Selon Fuhrer, à défaut de convention contraire, la protection d'assurance cesse de déployer ses effets au jour de l'ouverture de la faillite à minuit<sup>248</sup>.

---

<sup>242</sup> BRULHART, Droit des assurances privées, p. 290 N 628 ; ROELLI/JAEGGER, Tome I, p. 255 ; HALLER, p. 72 ss N 172 ss.

<sup>243</sup> BÖCKLI, p. 1907 N 891 ; VON ARX, p. 103.

<sup>244</sup> MANNSDORFER, p. 232

<sup>245</sup> VON ARX, p. 104.

<sup>246</sup> VON ARX, p. 104.

<sup>247</sup> VON ARX, p. 104.

Même si la majorité des cas de responsabilité franchissent la porte des tribunaux après la faillite<sup>249</sup>, ils se rapportent le plus souvent à des actes commis avant cette dernière, notamment dans la période difficile que traverse la société, en rapport avec les avis obligatoires prévus à l'art. 725 CO. Cela ne résout pas encore le problème dans le système du « *claims made* »<sup>250</sup>. En effet, comme nous l'avons vu, l'assureur n'est pas tenu d'indemniser les prétentions que des tiers font valoir après la fin du contrat (hors période d'assurance)<sup>251</sup>.

139

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 judiciaires<sup>252</sup>. C'est pourquoi Bianchi della Porta/Jaccard affirment qu'une « bonne police D&O » contient une clause de renonciation au bénéfice de l'art. 55 LCA<sup>253</sup>.

140

---

248 FUHRER, Schweizerisches privatversicherungsrecht, N 14.46; *contra* VVG Nachführungsband-GROLIMUND/VILLARD, p. 193 N 16-43, lesquels considèrent que l'avis de Fuhrer est contraire au texte légal. D'après eux, le contrat et la protection d'assurance prennent fin avec l'ouverture de la faillite.

249 Voir *supra*, p. 2 N 6.

250 Voir *supra*, p. 29-30 N 122 ss.

251 Sous réserve d'une extension de la période d'assurance; BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 74-75.

252 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 74; BÖCKLI, p. 1901 N 871.

253 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 75.

V. *Responsabilité solidaire différenciée des administrateurs et recours de l'assureur (survol)*

## Chapitre 1

### Le système actuel de la responsabilité des administrateurs

#### 1. Rapports externes

- 141 Selon l'art. 759 al. 1 CO : « *Si plusieurs personnes répondent d'un même dommage, chacune d'elles est solidairement responsable dans la mesure où le dommage peut lui être imputé personnellement en raison de sa faute et au vu des circonstances* ». Ainsi, chaque coresponsable est solidaire et peut faire valoir les motifs de réduction qui lui sont propres et non seulement les motifs communs à tous les coresponsables. En l'état actuel des choses, seule une faute légère ou des circonstances exceptionnelles peuvent conduire, dans les rapports externes, à une responsabilité différenciée (art. 43 et 44 CO)<sup>254</sup>.

#### 2. Rapports internes

- 142 Selon l'art. 759 al. 3 CO : « *le juge règle le recours entre plusieurs responsables en tenant compte de toutes les circonstances* ». Pour juger de l'action récursoire, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances (art. 759 al. 3 CO) et non pas seulement des éléments mentionnés aux art. 43 et 44 CO. Il dispose donc d'un large pouvoir d'appréciation<sup>255</sup>. Parmi les circonstances à prendre en compte, les fautes respectives des coresponsables jouent un rôle important. L'appréciation faite dans les rapports externes ne vaut pas nécessairement dans les rapports internes. Ainsi, il se peut que l'organe de révision doive répondre sur le plan externe, mais qu'il soit libéré sur le plan interne parce que sa faute apparaît comme légère par rapport à celle des administrateurs. Dans les rapports internes, le juge peut tenir compte d'autres circonstances telles que la position hiérarchique, le degré de rémunération, ainsi que tous les éléments mentionnés aux art. 43 et 44 CO<sup>256</sup>.

#### 3. Inconvénients du système et solutions envisageables

- 143 Dans les rapports externes, tous les administrateurs peuvent être recherchés pour l'entier du dommage par le tiers lésé, indépendamment du degré de leur faute et de l'intensité de la violation de leur devoir de diligence<sup>257</sup>. Ainsi, à la répartition des tâches recommandée par les règles de gouvernance d'entreprise relatives au comportement que devrait adopter un administrateur diligent, ne correspond pas une répartition des responsabilités<sup>258</sup>. Mustaki/Urban préconisent qu'il serait plus équitable de répartir les responsabilités de chacun déjà au stade externe, de sorte à éviter toute procédure récursoire<sup>259</sup>. Or, certains auteurs considèrent qu'un régime de

---

<sup>254</sup> MUSTAKI/URBEN, p. 317 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, p. 1558 N 4.

<sup>255</sup> CR CO II-CORBOZ, ad art. 759 N 38 ; GARBARSKY, p. 257.

<sup>256</sup> CHABLOZ, p. 342 N 908-909.

<sup>257</sup> Sous réserve de la faute légère ou de circonstances exceptionnelles, voir *supra*, p. 34 N 141 ; MUSTAKI/URBEN, p. 315.

<sup>258</sup> MUSTAKI/URBEN, p. 315.

<sup>259</sup> MUSTAKI/URBEN, p. 324 ; HALLER, p. 114, lequel partage l'avis de MUSTAKI/URBEN ; *contra* HABLÜTZEL, p. 5 N 13 et THEVENAZ, p. 514, lesquels considèrent que la protection des tiers seraient amoindrie en présence d'une solidarité différenciée au plan externe. Le point de vue de MUSTAKI/URBEN bénéficierait pourtant également à l'assureur D&O qui saurait immédiatement ce qu'il doit à chacun de ses assurés sans devoir ensuite



responsabilité différenciée conduirait le lésé à devoir systématiquement agir contre tous les administrateurs. Mustaki/Urban estiment que cet inconvénient serait largement compensé par l'avantage d'une garantie de solvabilité qu'apporterait l'existence d'une assurance responsabilité civile telle qu'une assurance D&O<sup>260</sup>.

## Chapitre 2

### Recours de l'assureur envers les coresponsables

#### 1. Assurance au caractère indemnitaire

##### 1.1 Notion

##### 1.1.1 Distinction

L'on distingue habituellement l'assurance de somme de l'assurance au caractère indemnitaire. Dans la première, l'assureur intervient dès lors que l'événement redouté survient. Dans la deuxième en revanche, l'assureur n'intervient que si et dans la mesure où le dommage est prouvé<sup>261</sup>. L'assurance de la responsabilité civile contre les préjudices purement économiques est une assurance au caractère indemnitaire à laquelle sont applicables les art. 48-72 LCA. Les art. 73-96 LCA, quant à eux, sont applicables à l'assurance de somme<sup>262</sup>.

144

En présence d'une assurance de somme, l'assureur ne peut recourir contre le responsable du dommage. L'assuré est indemnisé par l'assureur et conserve son droit d'action à l'égard du responsable, il a la faculté de s'enrichir (art. 96 LCA). Au contraire, en présence d'une assurance au caractère indemnitaire, l'art. 72 al. 1 LCA prévoit ce qui suit : « *les prétentions que l'ayant droit peut avoir contre des tiers en raison d'actes illicites passent à l'assureur jusqu'à concurrence de l'indemnité payée* ». En contrepartie, l'assuré est privé de tout droit d'action à l'égard du responsable à hauteur de l'indemnisation reçue de l'assureur.

145

##### 1.1.2 Article 72 LCA et assureur D&O

Toutefois, le droit suisse restreint le recours de l'assureur qui a offert des prestations à son assuré contre un coresponsable aux cas où celui-ci a commis un acte illicite (art. 72 al. 1 LCA). Dans le cadre de cette disposition, le TF considère que le recours de l'assureur privé est subordonné à la commission d'un acte illicite fautif de la part du responsable<sup>263</sup>.

146

---

entamer des procédures récursoires à l'encontre de coresponsables non assurés ou d'assurés à raison de faits non couverts.

<sup>260</sup> MUSTAKI/URBEN, p. 324.

<sup>261</sup> BRULHART, Droit des assurances privées, p. 47 ss N 107 ss ; ATF 104 II 44, c. 4c = JdT 1978 I 462.

<sup>262</sup> Notion qui se confond avec celle d'assurance de personnes même si certaines prestations allouées ensuite de la réalisation d'un risque qui pèse sur une personne ont un caractère indemnitaire et entrent dans le champs d'application de l'art. 72 LCA, cf. BRULHART, Droit des assurances privées, p. 193 N 433.

<sup>263</sup> BRULHART, Droit des assurances privées, p. 373 N 839 ss ; GARBARSKY, p. 14 ; BUNDLE, p. 210 N 512 pour qui cette condition ne pose pas de problème particulier dans le cadre de l'assurance D&O. Dans le cadre d'un recours envers un coresponsable, l'assureur sera le plus souvent confronté à un tiers tenu à réparation à raison d'une responsabilité aquilienne. Nous rappelons que le TF tend de toute manière à considérer que l'assureur ne doit pas disposer de plus de droits sur la base de l'art. 51 CO que sur la base de l'art. 72 LCA, à ce propos voir BRULHART, Droit des assurances privées, p. 376 N 845 et ATF 80 II 247, 93 II 353, 114 II 342, 118 II 506.

- 147 Dans le domaine de la responsabilité civile des organes, généralement plusieurs personnes sont responsables du dommage causé dans un cas concret<sup>264</sup>. Les responsables condamnés à réparation (rapports externes) disposent d'un droit de recours à l'égard des coresponsables (rapports internes). Lorsque les responsables condamnés sont assurés et effectivement indemnisés dans un cas concret, l'assureur D&O est subrogé dans leurs droits jusqu'à concurrence de l'indemnité payée.

### **2. Recours de l'assureur envers les coresponsables**

#### 2.1 Faits non couverts

- 148 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 générales de l'assurance D&O<sup>265</sup>. L'assureur D&O subrogé aux droits de ses assurés sera en droit d'exercer une action récursoire contre des coresponsables assurés, s'ils ont commis un acte qui n'est pas couvert par l'assurance D&O<sup>266</sup>.

#### 2.2 Coresponsables non assurés

- 149 Le recours de l'assureur D&O peut aussi s'exercer contre les coresponsables des personnes couvertes ; il peut ainsi s'exercer, à l'égard des dirigeants non assurés<sup>267</sup>.

---

264 OBERHÄNSLI, p. 363.

265 BIANCHI DELLA PORTA/JACCARD, p. 69.

266 BUNDLE, p. 201 N 496.

267 GARBARSKY, p. 14.

## VI. Conclusion

- Recommandable à toute société désireuse de protéger ses administrateurs et directeurs contre des prétentions parfois très élevées, l'assurance D&O est une institution pratique voire incontournable de nos jours. En outre, elle ne bénéficie pas qu'aux organes mais également à la société elle-même, ne serait-ce qu'au travers de la prise en charge d'une éventuelle action sociale oblique intentée par un tiers lésé. **150**
- Très utile pour les sociétés implantées mondialement, l'assurance D&O couvre les responsabilités mondiales<sup>268</sup>. Elle l'est aussi pour les PME tant le nombre d'actions intentées à l'encontre de leurs dirigeants a tendance à augmenter<sup>269</sup>. **151**
- Le preneur doit toutefois se rendre vigilant lors des pourparlers afin que la couverture s'étende aux risques auxquels ses dirigeants sont susceptibles d'être confrontés. En outre, nous rappelons que des conditions générales claires au sujet du cercle des personnes couvertes sont souhaitables. Enfin un preneur bienveillant doit s'assurer de bénéficier d'une extension de la période d'assurance au-delà de la période contractuelle<sup>270</sup>. **152**
- L'assurance D&O permet assurément aux dirigeants d'entreprise d'exercer leur activité avec plus de sérénité tant les contraintes auxquelles ils sont aujourd'hui confrontés sont nombreuses. Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'elle n'a pas pour but de permettre de passer outre le respect des règles de bonne gouvernance. **153**

---

<sup>268</sup> Sous réserve des quelques particularités réservées aux pays de common law, pour plus de détails, voir *supra*, p. 28 N 118-119.

<sup>269</sup> Etant précisé qu'en raison de son coût relativement élevé, l'assurance D&O n'est pas accessible à toute société.

<sup>270</sup> Afin de contrecarrer les potentiels inconvénients d'une clause « *claims made* ».