

L'assurance Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux

Deuxième Partie

Les conditions d'assurance

- 1. Les caractéristiques fondamentales du marché**
- 2. le souscripteur de l'assurance et les assurés**
- 3. Les filiales**
- 4. Les sociétés avec participation minoritaire**
- 5. La garantie**
- 6. La défense de l'assuré et les frais inhérents**
- 7. Quelques extensions habituelles de garantie**
- 8. L'application de la garantie dans le temps**
- 9. Les exclusions**
- 10. Les autres dispositions du contrat d'assurance**
- 11. Aspects quantitatifs de l'assurance**

1. Les caractéristiques fondamentales du marché

11. Les assureurs spécialistes

L'assurance RCMS est une spécialité d'origine américaine. Elle est née aux États-Unis et s'est développée après la crise de 1929 : les nombreux petits actionnaires ruinés commencèrent à mettre en cause la gestion des entreprises cotées. Le risque existait, la « réponse assurance » pouvait naître et s'organiser.

Il ne faut donc pas s'étonner si aujourd'hui, sur le marché français, les assureurs américains sont les plus nombreux. Tous les grands opérateurs mondiaux, européens et même français pratiquent l'assurance RCMS, mais les « leaders » du marché français sont au nombre de quatre : les trois américains **AIG**, **CHUBB** et **ACE**, ainsi que le français **AXA**.

Dès lors que le besoin d'assurance devient international, les assureurs désireux de souscrire sont moins nombreux. En plus des « quatre » cités, on peut ajouter :

- les américains (ou bermudiens) CNA, XL, LIBERTY MUTUAL et HISCOX CASUALTY COMPANY (HCC) ;
- les européens ZURICH et LLOYD'S.

12. Un marché segmenté

Si le marché de l'assurance RCMS est spécialisé, il n'en est pas moins segmenté. Il n'y a en effet aucune mesure entre la demande de garantie formulée par une PME « franco-française » et un Groupe international coté au « CAC 40 » ! C'est pourquoi, les professionnels de l'assurance ont pour habitude de segmenter le marché.

Le premier critère est constitué par l'activité exercée par l'entreprise dont les mandataires sociaux sont à assurer : les banques ou organismes financiers sont considérés, à raison, comme des risques aggravants, impliquant une approche particulière et une tarification très alourdie, dès lors qu'il s'agit de banques « d'affaires ».

Le second critère est celui de l'étendue géographique : quand des mandats sociaux s'exercent dans des pays de « common law » et notamment aux États-Unis, l'aggravation de risque est patente. Elle nécessite une adaptation des garanties, tant en termes de faits générateurs que de niveau des couvertures, ainsi ... qu'une tarification en corrélation avec le risque.

Bien entendu, le segment représenté par les groupes bancaires ou financiers opérant à l'international et parfois dans le monde entier implique un montage de programme d'assurance en plusieurs lignes (ou polices) et l'appel aux capacités mondiales de l'assurance et de la réassurance spécialisées.

2. Le souscripteur de l'assurance et les assurés

21. Les principes admis par tous les assureurs

L'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux fait l'objet sur le marché français d'une police spécifique, laquelle ne doit pas être confondue avec la police responsabilité civile entreprise (parfois mal dénommée « police responsabilité civile chef d'entreprise »). La première concerne exclusivement les mandataires sociaux et leur patrimoine personnel, la seconde s'applique à la protection du patrimoine de l'entreprise.

En matière d'assurance, les qualités de souscripteur et d'assuré, même si bien souvent elles se cumulent, ne peuvent être confondues. Dans une police responsabilité civile mandataires sociaux, l'assuré qui voit son patrimoine personnel protégé est le mandataire social, même si le souscripteur est l'entreprise.

Celle-ci souscrit donc l'assurance pour le compte et au profit de ses dirigeants sociaux. Tous les mandataires sociaux d'une même société ont d'office la qualité d'assuré. L'assureur désire en effet, éviter d'une part l'anti-sélection (seuls feraient l'objet d'une action en responsabilité les mandataires assurés), d'autre part l'imbroglie qui ne manquerait pas de surgir en cas de sinistre, entre les mandataires qui sont assurés et ceux qui ne le sont pas.

Dans les polices d'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux, la définition du souscripteur est conforme à celles des autres polices ; par exemple :

« Souscripteur : société désignée aux conditions particulières, agissant au nom et pour le compte des assurés. »

22. La définition des assurés

Dans l'approche par liste, seuls les mandataires sociaux dont le mandat est en vigueur au moment de la souscription du contrat et dont le nom figure aux conditions particulières ont la qualité d'assuré. Celle-ci est bien évidemment étendue aux dirigeants nouvellement nommés en cours de validité du contrat d'assurance et déclarés à l'assureur. Le formalisme est donc la caractéristique de cette approche par liste, avec ses conséquences néfastes sur la gestion et la sécurité juridique (garantie non accordée d'office).

Sous l'effet de la concurrence, l'approche par liste est tombée en désuétude. Dorénavant, tous les assureurs RCMS pratiquent l'approche dite ouverte.

Celle-ci est la plus satisfaisante car les assurés ne sont pas personnellement désignés. Les dirigeants présents à la souscription du contrat d'assurance ont la qualité d'assuré, mais aussi par rapport à cette même date les dirigeants passés et futurs, tout au moins dans certaines conditions (voir ci-après).

A noter que dans l'approche dite ouverte, les mandataires sociaux de fait sont également garantis, tout au moins dans la plupart des polices.

La qualité d'assuré est le plus souvent étendue aux héritiers, y compris le conjoint, des mandataires sociaux. En effet, ils succèdent au passif du mandataire social décédé qui

exerçait ses fonctions lorsque les fautes professionnelles ont été commises et sont donc tenus à réparation vis à vis des tiers lésés.

A titre d'exemple, voici une clause définissant les assurés.

Pour l'exécution du présent contrat, on entend par assurés :

- a) les dirigeants passés, présents ou futurs du souscripteur;*
- b) les dirigeants passés, présents ou futurs des filiales de la société souscriptrice, étant précisé que seuls bénéficient de la qualité d'assurés les dirigeants qui, à la date à laquelle la société devient filiale au titre de présent contrat, ont conservé leur fonction de dirigeant au sein de cette filiale ;*
- c) les employés de la société souscriptrice, uniquement s'ils sont mis en cause avec un dirigeant dans le cadre d'une réclamation.*

Le souscripteur a la possibilité de demander à l'assureur d'étendre les garanties du présent contrat aux dirigeants passés exclus au point b). Cette extension doit faire l'objet d'un accord écrit de l'assureur qui a la possibilité de réclamer une prime additionnelle et/ou d'amender les dispositions du présent contrat en considération de cette extension.

On aura remarqué que pour les filiales, seuls les mandataires sociaux « en activité » lorsque la société devient filiale du souscripteur (en création ou acquisition) ont d'office la qualité d'assuré. Les dirigeants passés ne peuvent acquérir la qualité d'assuré qu'après déclaration préalable à l'assureur et éventuel paiement d'une surprime. Il est vrai que si la société, devenue filiale, avait souscrit une assurance RCMS pour ses mandataires sociaux, ceux-ci bénéficieraient de la garantie subséquente de cette police (voir ci-après).

Les employés ont également la qualité d'assuré quand ils sont mis en cause avec un mandataire social. Il peut s'agir de certaines conséquences de droit anglo-saxon ; par exemple, possibilité de responsabilité des « fondés de pouvoirs » aux USA qui ne sont pas pour autant assimilés à des mandataires sociaux de fait ; ou bien encore de membres de direction qui peuvent être mis en cause pour certaines infractions, comme par exemple, certaines atteintes à l'environnement ou certaines réclamations liées aux rapports sociaux (discrimination à l'embauche, harcèlement moral ou sexuel...).

La clause indiquée ci-avant et reprenant la définition des assurés nécessite, par conséquent, d'être complétée par celle des dirigeants.

Par dirigeant de droit ou de fait, on entend par :

- a) dirigeant de droit : toute personne physique, salariée ou non, investie dans ses fonctions régulièrement au regard de la Loi et des statuts, notamment :*

- . les Présidents de Conseil d'Administration,
 - . les Directeurs généraux,
 - . les Directeurs Généraux Délégués,
 - . les Administrateurs,
 - . les Représentants Permanents des personnes morales administrateurs ou Membres du conseil de surveillance,
 - . les Membres du Directoire et leur président,
 - . les Membres du Conseil de Surveillance et leur président,
 - . les Gérants,
 - . les Liquidateurs amiables de toute filiale,
- ainsi que toute personne physique qui serait investie au regard d'une législation étrangère de fonctions similaires.

b) dirigeant de fait : toute personne physique, salariée ou non, qui verrait sa responsabilité engagée en tant que dirigeant de fait de la société souscriptrice par un tribunal ou toute personne physique recherchée pour une faute professionnelle commise dans le cadre d'une activité de direction, de gestion ou de supervision exercée avec ou sans mandat ou délégation de pouvoir.

En ce qui concerne l'extension de l'assurance aux héritiers et au conjoint des mandataires sociaux assurés, la clause suivante peut servir d'exemple.

Les garanties du présent contrat sont expressément étendues au bénéfice :

- *des héritiers, légataires, représentants légaux et ayants-cause des assurés décédés ou frappés d'incapacité juridique ou déclarés en faillite personnelle ou ayant sollicité un moratoire ou un sursis de paiement,*
- *de leur épouse(se) ou concubin(e) ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité (ou tout autre contrat similaire) et visant à obtenir réparation sur les biens communs ou indivis.*

3. Les filiales

L'assurance bénéficie d'habitude automatiquement aux filiales ; plus exactement, elle est acquise d'office pour les mandataires sociaux de la société mère et des filiales acquises ou créées. La notion de filiale correspond à celle usitée en matière fiscale.

Voici à titre d'exemple, la définition prévue par une police d'assurance :

- a) *Toute société française ou étrangère dans laquelle le souscripteur détient, à la date d'effet du présent contrat ou antérieurement, plus de 50% des droits de vote soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'une ou plusieurs filiales.*
- b) *toute société dans laquelle le souscripteur directement ou indirectement par l'intermédiaire d'une ou plusieurs filiales nomme la majorité des dirigeants de droit ou bénéficie d'un contrat de management par lequel la gestion de cette société lui est confiée.*
- c) *Toute société qui viendrait à être acquise ou créée pendant la période d'assurance et :*
- *détenue à plus de 50% des droits de vote soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'une ou plusieurs filiales, ou*
 - *dans laquelle le souscripteur directement ou indirectement par l'intermédiaire d'une ou plusieurs filiales nomme la majorité des dirigeants de droit ou bénéficie d'un contrat de management par lequel la gestion de cette société lui est confiée.*
- d) *Toute association ou fondation exclusivement constituée ou gérée par le souscripteur et/ou l'une de ses filiales.*
- e) *Le Comité d'Entreprise du souscripteur et de ses filiales, ainsi que les instances issues du Comité d'Entreprise, c'est-à-dire, les Comités d'Établissement, le Comité central d'Entreprise et le Comité de Groupe.*

Les garanties du présent contrat s'appliquent aux réclamations fondées sur ou ayant pour origine des fautes professionnelles commises :

- *antérieurement à la date à laquelle la société devient ou est devenue une filiale, sous réserve que le fait dommageable n'ait pas été connu des assurés antérieurement à la date d'effet du présent contrat ou le cas échéant, pour les filiales acquises pendant la période d'assurance, antérieurement à la date d'acquisition de cette filiale, et/ou,*
- *antérieurement à la date à laquelle la société cesse ou a cessé d'être une filiale.*

Il est à noter que pour la clause indiquée l'assureur octroie automatiquement la garantie aux mandataires sociaux des filiales tant françaises, qu'étrangères, avec la reprise du passé inconnu conforme aux dispositions de la Loi du 01/08/03 (voir ci-après).

De plus, l'assureur assimile aux filiales les associations et fondations (leurs dirigeants sont concernés également par la RCMS), ainsi que les instances issues du comité d'entreprise.

Suivant le cas, la garantie est acquise automatiquement, soit pour les seules filiales françaises, soit à la fois pour les filiales françaises et étrangères. C'est une question d'acceptation de la part de l'assureur et de tarification (notamment pour les filiales sises dans les pays de « common law » et surtout les filiales américaines).

Parfois l'assureur conditionne l'octroi de la garantie au paiement d'une surprime ; en dehors du cas qui vient d'être cité pour les sociétés relevant du régime de « common law », l'hypothèse la plus fréquente est celle à l'occasion de laquelle l'acquisition ou la création de la filiale nouvelle a pour effet d'accroître les actifs de la société souscriptrice de plus d'un certain pourcentage par rapport à ceux figurant à son dernier bilan (voir ci-après).

4. Les sociétés avec participation minoritaire

La garantie n'est que rarement acquise d'office pour les mandats exercés dans le cadre de participations minoritaires. En effet, les assureurs n'oublient pas que la responsabilité civile des mandataires sociaux peut être solidaire ; que dans ces conditions, un dirigeant social représentant une participation minoritaire et assuré en responsabilité civile peut attirer sur sa tête les actions en réparation, alors que d'autres dirigeants majoritaires non assurés seraient ignorés par les tiers lésés. Les assureurs ont donc habituellement deux attitudes possibles :

- soit ils écartent purement et simplement de la garantie les sociétés en participation minoritaires,
- soit ils n'accordent leur garantie qu'après déclaration préalable du souscripteur et acceptation expresse qui se traduit par l'émission d'un avenant ; bien entendu cette attitude de l'assureur peut ne concerner que les sociétés françaises ou s'étendre aux sociétés étrangères.

Exemple de clause reprise par une police d'assurance :

Représente une participation :

a) Toute société détenue à 50% ou moins des droits de vote figurant dans le rapport annuel de la société souscriptrice ou dans son dernier questionnaire, ou acquise postérieurement à la clôture des comptes,

b) Toute Fondation, Association, Groupement d'intérêt économique ou Syndicat professionnel, à l'exception des Fonds de pension.

Sauf accord écrit de l'assureur selon les modalités ci-dessous définies, ne sont pas considérées comme une participation :

- *les institutions financières ;*
- *les sociétés immatriculées aux États-Unis d'Amérique, ou dans l'un de ses états, territoires ou possessions ;*
- *les sociétés ayant des valeurs mobilières placées sur un marché réglementé aux États-Unis d'Amérique, ou dans l'un de ses états, territoires ou possessions.*

Le souscripteur a la possibilité de demander à l'assureur d'étendre les garanties du présent contrat aux représentants permanents, et/ou personnes physiques ayant reçu un mandat exprès de la société souscriptrice dans toute entité exclue ci-dessus que la société souscriptrice détient à 50% ou moins des droits de vote. Cette extension doit faire l'objet d'un accord écrit de l'assureur qui a la possibilité de réclamer une prime additionnelle et/ou d'amender les dispositions du présent contrat en considération de cette extension.

Au titre de la clause précitée, certaines sociétés ou institutions doivent impérativement être agréées par l'assureur. Elles constituent d'ailleurs des aggravations de risques.

Par exemple, les institutions financières dont la définition contractuelle la plus courante est la suivante :

Toute banque, caisse d'épargne, établissement de crédit, gestionnaire d'actifs, fonds d'investissement, mutuelle, compagnie d'assurances ou de réassurance, société de courtage, société de capital-risque, ou société d'investissement.

De même les sociétés ayant des valeurs mobilières sur un marché réglementé aux États-Unis. Par valeurs mobilières, il faut entendre :

Tout titre émis par inscription en compte ou par tradition (remise matérielle d'un titre au porteur incorporant physiquement le droit qu'il représente), qui confère des droits identiques pour une même catégorie et donne accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine.

Bien entendu, la garantie accordée par l'assureur au titre des mandats extérieurs dans les participations peuvent s'exercer en cumul avec l'assurance RCMS contractée par les entreprises concernées au bénéfice de tous leurs mandateurs sociaux. Les clauses pratiquées habituellement par les assureurs évitent le régime juridique du cumul des assurances prévu par le Code des Assurances. Elles stipulent qu'au titre des mandats extérieurs exercés dans des participations, l'assurance s'applique en excédant de l'autre assurance.

Dans le cas où ces personnes (dirigeants de droit des participations) bénéficient d'une autre assurance ou ont été indemnisées en tout ou partie par la participation, la présente extension ne s'applique qu'en excédent de cette autre assurance ou indemnisation.

5. La garantie

51. L'énoncé de la garantie

Le plus souvent l'énoncé de la garantie ne fait pas référence à des textes légaux ou réglementaires précis et relatifs à la responsabilité civile des mandataires sociaux ; c'est le libellé « tout risque sauf » qui est utilisé par tous les assureurs, cette formulation étant la plus favorable aux assurés.

Exemple de clause :

Le présent contrat a pour objet de rembourser les assurés ou de prendre en charge en leur lieu et place le règlement des conséquences pécuniaires des sinistres résultant de toute réclamation introduite à leur encontre pendant la période d'assurance ou la période subséquente, mettant en jeu leur responsabilité civile individuelle ou solidaire et imputable à toute faute professionnelle, réelle ou alléguée, commise par les assurés dans l'exercice de leurs fonctions de dirigeants avant la date de résiliation ou d'expiration d'une ou des garanties du présent contrat.

Certains pays, notamment les États-Unis d'Amérique, autorisent les sociétés à indemniser leurs mandataires sociaux des dettes sociales mises à leur charge. C'est pourquoi dans les polices qui s'appliquent aux filiales étrangères l'énoncé de la garantie est souvent complété comme suit :

Dans le cas où elle peut légalement prendre à sa charge le règlement des conséquences pécuniaires des sinistres et/ou des frais de défense, le présent contrat a également pour objet de rembourser à la société souscriptrice ces conséquences pécuniaires et/ou frais de défense.

52. La définition des conséquences financières et de la faute

Les énoncés de garantie incluent ces notions lesquelles font l'objet de définitions spécifiques. Les notions de « conséquences financières » et de « faute » sont très larges et donc bénéfiques pour les assurés.

Au titre de la première, les expressions de « préjudice moral », « sentence arbitrale » et « transaction passée avec le consentement préalable de l'assureur » témoignent de l'ouverture de la garantie. Il en est de même pour la seconde, laquelle contient la mention « tout acte fautif quelconque ».

Les conséquences pécuniaires, y compris celles relatives à la réparation d'un préjudice moral, que les assurés sont personnellement tenus de payer en raison d'une décision d'un tribunal civil, commercial, administratif ou répressif, d'une sentence arbitrale, ou d'une transaction passée avec le consentement écrit préalable de l'assureur, suite à toute réclamation introduite à leur encontre pendant la période d'assurance ou la période subséquente.

Faute professionnelle, c'est-à-dire tout manquement des assurés aux obligations légales, règlementaires ou statutaires, toute faute de gestion commise par imprudence ou négligence, par omission, par erreur, par déclaration inexacte et, en général tout acte fautif quelconque qui engage la responsabilité des assurés et ce exclusivement dans leurs fonctions de dirigeant de droit ou de dirigeant de fait de la société souscriptrice et/ou des participations.

53. La définition de la réclamation

L'assurance s'applique en cas de réclamation introduite à l'encontre des mandataires sociaux.

Qu'est-ce qu'une réclamation ? exemple de clause :

- a) *Toute procédure contentieuse introduite par toute personne physique ou morale à l'encontre d'un assuré visant à la réparation d'un préjudice pécuniaire ou moral ayant pour origine toute faute professionnelle.*
- b) *Toute demande écrite faite par toute personne physique ou morale dont l'intention est de mettre en cause la responsabilité d'un assuré pour toute faute professionnelle.*
- c) *Toute enquête, poursuite, instruction ou investigation pénale menée à l'encontre d'un assuré pour toute faute professionnelle.*
- d) *Toute enquête ou poursuite administrative menée à l'encontre d'un assuré pour toute faute professionnelle.*

Toutes les réclamations résultant d'une même faute professionnelle ou d'une même série de fautes professionnelles et ayant la même cause technique constituent une seule et même réclamation.

6. La défense de l'assuré et les frais inhérents

On oublie trop souvent qu'une police d'assurance responsabilité civile sert, avant tout, à la défense des intérêts civils de l'assuré. Ce n'est que si celui-ci est juridiquement (c'est-à-dire civilement) responsable ou a toutes les chances de l'être que l'assureur verse les dommages-intérêts au tiers lésé. Autrement dit, l'assureur R.C évite un appauvrissement

de son assuré en assumant à ses frais la défense civile ce celui-ci et en payant, éventuellement, l'indemnisation à la victime en réparation du préjudice subi.

La défense civile fait donc partie intégrante de la garantie de base en assurance RCMS. Mais il convient d'admettre qu'en la matière la responsabilité pénale des dirigeants est également souvent mise en cause par les réclamants. En assurance R.C Générale, l'entreprise assurée bénéficie le plus souvent de l'extension de garantie « défense pénale ». Dorénavant, il en est de même dans le domaine qui nous préoccupe.

Exemple de clause.

Le présent contrat a également pour objet de garantir les frais de défense exposés :

- *pour la défense civile (judiciaire, amiable, ou arbitrale), et/ou,*
- *pour la défense pénale,*

des assurés, afférents à toute réclamation introduite à leur encontre.

L'assureur fait l'avance de ces frais de défense dans l'attente de l'issue définitive de la réclamation conformément aux dispositions suivantes.

L'assurance avance tous frais de défense, dans la limite du montant des garanties disponibles, avant l'issue définitive de la réclamation selon les modalités d'une convention préalable établie entre l'assureur et la société souscriptrice ou les assurés.

Seuls les frais de défense autorisés par l'assureur feront l'objet d'un règlement ; l'assureur ne pourra refuser ce règlement sans motif valable.

Les frais de défense réglés par l'assureur lui seront remboursés par l'assuré au seul cas où il est démontré par l'assureur, ou par toute décision de justice définitive d'un tribunal civil, répressif, administratif ou arbitral, que la réclamation n'était pas couverte par les garanties du présent contrat.

Les frais de défense réglés par l'assureur ne font pas l'objet d'un remboursement par l'assuré dans la mesure où la réclamation fondée sur la faute alléguée susceptible d'être couverte au titre du présent contrat donne lieu :

- *soit à une décision de justice définitive de non responsabilité,*
- *soit à un abandon des poursuites à l'encontre de l'assuré,*
- *soit à une transaction amiable acceptée par l'assureur.*

La souscription d'une assurance ne peut pas être contraire à l'ordre public. Dans ces conditions, l'assureur ne peut couvrir une faute volontaire de l'assuré, qu'elle soit constitutive ou non d'une infraction pénale. C'est pourquoi, en application du fameux principe juridique de la présomption d'innocence, l'assureur assume à ses frais la défense pénale de

l'assuré, à la condition que celui-ci soit parallèlement poursuivi civilement, lorsque l'infraction pénale à la base de l'action constitue même une faute volontaire.

Le principe d'équité est sauf, puisque si l'infraction pénale à la base de la faute volontaire est reconnue, l'assuré s'est préalablement engagé à les rembourser.

Cette possibilité de défense pénale de l'assuré en tout état de cause a bien entendu facilité la souscription de l'assurance, puisque de nombreuses actions civiles à l'encontre des dirigeants sont intentées par un dépôt de plainte avec constitution de partie civile, laquelle déclenche l'action pénale.

Il n'est pas inutile de rappeler deux points importants : d'abord la nature des frais de défense garantis ; ensuite les principes juridiques applicables à cette garantie (Code des Assurances).

Exemple de clause :

Les frais de défense

Les honoraires et frais divers, notamment frais de procédure, frais de comparution, frais correspondant à une caution dans le cadre d'une procédure d'appel et frais d'expertise, afférents à une réclamation faite à l'encontre des assurés et nécessaires à leur défense.

Ne constituent en aucun cas des frais de défense les salaires de tout dirigeant ou de tout employé de la société souscriptrice.

Est exclue des frais de défense la caution que les assurés seraient tenus de payer dans le cadre de toute poursuite, enquête, instruction ou investigation pénale, quelle que soit la nature de cette caution.

Les principes juridiques

Les assurés ont le libre choix de leur conseil et ont l'obligation de se défendre. L'assureur n'est pas dans l'obligation de pourvoir à la défense des assurés.

L'assureur peut s'associer à la défense des assurés. Les assurés ont l'obligation d'apporter toute information qui peut être réclamée par l'assureur pour toute réclamation qui serait susceptible de mettre en jeu les garanties du présent contrat.

Aucune reconnaissance de responsabilité, aucune transaction intervenues en dehors de l'assureur, ne lui sont opposables. Toutefois, n'est pas considéré comme une reconnaissance de responsabilité l'aveu de la matérialité d'un fait, conformément à l'article L 124-2 du Code des Assurances.

En cas de réclamation faite conjointement à l'encontre de la société souscriptrice et des assurés, les règlements des conséquences pécuniaires et/ou des frais de défense seront répartis équitablement entre la société souscriptrice et les assurés avec l'accord préalable de l'assureur.

A noter qu'au titre des frais de défense, sont habituellement exclus :

- les salaires d'un dirigeant ou d'un employé de la société souscriptrice, même si le temps de travail correspondant est consacré à la défense du ou des dirigeants mis en cause ;
- la caution pénale, à ne pas confondre avec une caution civile (procédure d'appel ou expertise).

Enfin, en cas de réclamation conjointe à l'encontre de la société et de l'un ou de ses mandataire(s) sociaux, les frais de défense sont répartis avec l'accord préalable de l'assureur. Cela pourrait, par exemple, être le cas pour un litige de nature sociale (discrimination à l'embauche, etc).

Cependant, il convient de noter qu'en cas d'enquête, instruction, investigation menée à l'encontre de la société souscriptrice, l'assurance s'applique d'office, s'il s'agit de la préparation de la défense personnelle des assurés, c'est-à-dire des mandataires sociaux.

7. Quelques extensions habituelles de garantie

Elles sont pratiquées par quasiment tous les assureurs spécialisés du marché et parfois même accordées d'office sans surprime.

71. Réclamations liées aux rapports sociaux

Il s'agit d'une exclusion nouvelle dans les polices d'assurance responsabilité civile générale qui couvrent l'entreprise ou la collectivité. Les assureurs qui craignent un développement des réclamations obligent donc les personnes morales intéressées à souscrire une police spécifique.

L'autre solution consiste à étendre l'assurance RCMS aux réclamations liées aux rapports sociaux ; mais à la condition que les mandataires ne soient pas les seuls assurés et que la garantie soit étendue à tous les collaborateurs.

Exemple de clause

La garantie est étendue à toute réclamation liée aux rapports sociaux, y compris celles qui ont pour objet la réparation de tout préjudice moral, introduite à l'encontre des assurés et mettant en jeu leur responsabilité civile individuelle ou solidaire en raison de toute faute

professionnelle réelle ou alléguée commise avant la date de résiliation ou d'expiration d'une ou des garanties du contrat.

Pour l'application de la présente extension, on entend par :

a) assurés : les dirigeants, tels que la définition en est donnée par ailleurs, ainsi que tout employé de la société souscriptrice.

b) réclamation liée aux rapports sociaux : toute réclamation fondée sur ou ayant pour origine

- tout licenciement abusif, licenciement sans cause réelle et sérieuse, résiliation ou non reconduction abusive de contrat de travail, prouvé ou allégué ;*
- toute fausse déclaration relative à l'emploi ;*
- tout refus abusif d'emploi ou de promotion ;*
- toute privation abusive d'opportunité de carrière ;*
- toute mesure disciplinaire abusive, ou tout harcèlement sexuel ou moral ;*
- toute discrimination (y compris entre autres, discrimination fondée sur l'âge, le sexe, la race, la couleur, l'origine nationale, la religion, les mœurs, la grossesse ou le handicap, l'appartenance à un syndicat ou à un parti politique) ;*
- tout manquement aux règles en vigueur au sein de la société souscriptrice en matière de rapports sociaux,*

lorsque ces faits concernent ou sont commis à l'encontre d'un employé actuel, ancien ou potentiel de la société souscriptrice.

72. Prestations de consultants en gestion de crise

La situation de crise est définie contractuellement, ainsi que les prestations de la société spécialisée de gestion de crise qui doit habituellement être agréée par l'assureur.

Exemple de clause :

Situation de crise : une des situations décrites ci-après qui, selon l'opinion raisonnable du dirigeant ou d'une personne détenant plus de 50% du capital de la société souscriptrice, cause ou est susceptible de causer une baisse de 20% ou plus du chiffre d'affaires annuel de la société souscriptrice.

Prestations de gestion de crise : les prestations fournies pour conseiller la société souscriptrice ou l'un de ses dirigeants ou employés sur la communication interne et externe, les réponses à donner aux clients et aux tiers extérieurs à la société et la communication avec les médias afin de limiter l'impact d'une situation de crise. Les prestations de conseil ne doivent pas excéder :

- *une visite d'un ou plusieurs consultants de la société de gestion de crise dans les locaux de la société souscriptrice en France pour une durée maximale de 12 heures ; ou*
- *des consultations téléphoniques auprès de la société de gestion de crise par tout dirigeant ou employé pour une durée totale de 12 heures.*

73. Autres extensions

L'assurance RCMS peut être étendue :

- à la société souscriptrice en sa qualité de dirigeant de droit personne morale de ses filiales et participations ;
- aux frais de défense dans le cadre de réclamations faites conjointement à l'encontre de la société souscriptrice et les assurés (mandataires sociaux et employés) dans le domaine des rapports sociaux ;
- aux amendes et/ou pénalités civiles imposées aux assurés mandataires sociaux par la législation ou la réglementation suite à une enquête, instruction ou investigation faite par un tribunal ou une autorité administrative ;
- aux participations immatriculées aux États-Unis : l'assurance s'applique alors aux réclamations présentées à l'encontre des représentants permanents de la société souscriptrice ayant reçu un mandat exprès pour exercer des fonctions de dirigeant de droit dans les participations immatriculées aux États-Unis ou dans l'un de ses états, territoires ou possessions.

8. L'application de la garantie dans le temps

Quasiment tous les contrats d'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux du marché étaient établis sur la base « claims made » : étaient garanties, les réclamations présentées en cours de validité du contrat même si elles se rattachaient à des faits antérieurs. Autrement dit, la garantie reprise du passé était accordée, habituellement sans restriction et sans limitation de durée.

Le système « claims made » a été autorisé par le législateur (Loi du 01/08/03). En fait, pour l'assurance responsabilité civile encourue lors d'une activité professionnelle, les assureurs ont le choix d'appliquer l'un ou l'autre des systèmes suivants :

- celui suivant lequel la garantie est déclenchée par le fait dommageable survenu au cours de la période d'assurance ;
- ou celui suivant lequel c'est la réclamation du tiers lésé présentée au cours de la même période d'assurance qui déclenche la garantie.

Tous les assureurs pratiquant l'assurance RCMS ont choisi le système qui protège dans le temps le mieux leurs intérêts, c'est-à-dire, le système « claims made ». En effet, la Loi française oblige l'assureur à maintenir sa garantie après cessation de la validité du contrat, c'est-à-dire pendant une période dite « subséquente », mais limitée à 5 ans, ce qui ne correspond pas à la prescription juridique de l'action civile, laquelle est de 10 ans en matière contractuelle et 10 ans en délictuelle.

Autrement dit, dans le système « claims made » autorisé par la Loi, l'assureur apporte sa garantie, même si le fait à l'origine du sinistre s'est produit avant la souscription de l'assurance (reprise du passé). La seule exception est celle du passé connu, c'est-à-dire lorsque l'assuré a connaissance du fait dommageable au jour de la souscription de l'assurance.

Lorsque la réclamation est adressée à l'assuré ou à l'assureur, non pas pendant la période d'assurance, mais pendant celle appelée subséquente, il convient de distinguer entre deux hypothèses :

- 1° celle suivant laquelle l'assuré n'a pas souscrit une nouvelle assurance déclenchée par la réclamation couvrant le même risque ;
- 2° celle correspondant à la situation inverse, auquel cas c'est le nouvel assureur qui intervient ; sauf si l'assuré avait connaissance du fait dommageable au jour de la souscription de la nouvelle assurance (passé connu) ; dans ces conditions, c'est l'ancien assureur qui intervient.

9. Les exclusions

91. Les exclusions relatives aux réclamations et aux frais de défense

Certaines exclusions de la police responsabilité civile des mandataires sociaux sont communes aux réclamations présentées par les tiers lésés et aux frais de défense exposés pour les assurés ; d'autres n'existent que pour les seules réclamations. En effet la garantie des frais de défense peut être étendue aux poursuites pénales, notamment en matière d'abus de biens sociaux. Cela représente un avantage indéniable pour les mandataires sociaux, compte tenu de la mise en examen de plus en plus fréquente des dirigeants d'entreprise. Les frais de défense sont, lorsque le contrat d'assurance le prévoit, pris en charge systématiquement par l'assureur, même en cas de cumul de responsabilité civile et pénale.

Certains assureurs effectuent l'avance des frais de défense dans les mêmes hypothèses ; dans ce cas le remboursement est demandé à l'assuré lorsque le sinistre n'est pas couvert par le contrat.

Exemple de clause :

Sont exclues; les réclamations fondées sur ou ayant pour origine :

a) un avantage personnel, pécuniaire ou en nature, ou une rémunération auquel un assuré n'avait pas légalement droit ;

b) une faute intentionnelle ou une faute dolosive commise par un assuré.

Les exclusions prévues ci-dessus s'appliquent uniquement aux assurés bénéficiaires de l'avantage ou de la rémunération ou responsables de la faute, s'il est démontré par une décision de justice définitive ou reconnue par l'assuré qu'il a effectivement bénéficié de cet avantage ou de cette rémunération, ou commis cette faute.

92. Les exclusions spécifiques à l'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux

Elles sont les plus nombreuses ; elles peuvent également être différentes d'un assureur à l'autre. Il convient donc aux souscripteurs d'être vigilants.

- L'exclusion des dommages corporels, matériels et immatériels consécutifs à un dommage corporel ou matériel est courante et légitime. Ces dommages relèvent des polices responsabilité civile entreprise ou responsabilité civile vie privée. La police responsabilité civile des mandataires sociaux couvre des dommages exclusivement financiers (c'est-à-dire des dommages immatériels non consécutifs à un dommage corporel ou matériel).

A noter que la réparation d'un dommage moral non consécutif à un dommage corporel ou matériel est couvert.

- L'exclusion des réclamations fondées sur ou ayant pour origine une atteinte à l'environnement.

La définition de l'atteinte à l'environnement est dorénavant commune à tous les assureurs du marché. Il est utile de la rappeler :

- « - *L'émission, la dispersion, le rejet ou le dépôt de toute substance solide, liquide ou gazeuse diffusée par l'atmosphère, le sol ou les eaux,*
- *la production d'odeurs, bruits, vibrations, variations de température, ondes, radiations, rayonnements excédant la mesure des obligations ordinaires de voisinage. »*

Cette exclusion peut être rattachée à la précédente qui vise les dommages corporels et matériels, ainsi qu'à celle des réclamations résultant des conséquences d'un défaut ou d'une insuffisance d'assurance des sociétés dont les assurés sont les mandataires sociaux, également pratiquée en assurance RCMS.

L'assureur ne désire pas que son contrat soit à l'origine d'économies volontaires de primes d'assurance. Il convient en effet de ne pas oublier qu'un défaut d'assurance de la société peut constituer une faute de gestion.

A noter cependant que certains assureurs peuvent accepter, moyennant tarification adaptée et conditions d'assurance précisées, le rachat de l'exclusion des atteintes à l'environnement lorsque la réclamation vise les mandataires sociaux.

- L'exclusion des amendes, impôts et taxes ou pénalités civiles, administratives ou arbitrales.

Elle peut s'appliquer aux pénalités dont les mandataires sociaux sont personnellement redevables en vertu du droit pénal, fiscal, social ou du droit de la concurrence, sans oublier le fait que tout ou partie d'une dette sociale peut à la demande du juge être étendue aux mandataires sociaux.

A noter cependant que l'assurance s'exerce à la partie des dettes sociales mises à la charge des assurés dans le cadre d'une action en comblement de passif ; qu'elle peut également s'exercer aux « punitive and exemplary damages » lorsque ceux-ci sont légalement assurables.

- L'exclusion des réclamations directement ou indirectement fondées sur des fautes professionnelles commises au sein des filiales des pays du « common law ».

Bien entendu, cette exclusion peut être levée par l'assureur, auquel cas l'assurance s'applique monde entier. Mais l'acceptation de l'assureur est subordonnée à une majoration substantielle de la prime et à des restrictions de garantie.

Il n'est pas inutile de rappeler que les pays dits de « common law » sont les suivants :

Les États ou divisions administratives et territoriales suivants, dont le droit commun résulte non de textes législatifs mais de la pratique des juridictions : Royaume-Uni, République d'Irlande, Australie, Nouvelle-Zélande, États-Unis d'Amérique, Canada, Afrique du Sud, Inde, Singapour, Hong-Kong.

Bien entendu, l'exclusion ne vise pas que les mandats exercés dans les filiales de common law ; sont également visés ceux exercés dans les participations, notamment aux Etats-Unis (voir ci-avant).

10. Les autres dispositions du contrat d'assurance

101. L'étendue géographique de la garantie

Elle varie en fonction des assureurs, mais surtout des demandes des souscripteurs. L'étendue géographique peut être cantonnée à la France ; lorsque les activités débordent le territoire national, l'assureur étend la garantie au cadre européen, voire au monde entier.

En tout état de cause, les pays de « common law » et notamment les Etats-Unis font toujours l'objet d'une attention particulière des assureurs.

102. Le fonctionnement de la garantie et de la franchise

Afin de limiter leur engagement, les assureurs limitent leur garantie par année d'assurance, c'est-à-dire par période s'écoulant entre deux échéances annuelles.

Par exemple :

- 1,5 M€ par sinistre et 3 M€ par année d'assurance ;
- ou bien 1,5 M€ par année d'assurance.

Les contrats d'assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux ne comportent habituellement pas de franchise, sauf lorsque la garantie bénéficie à la société qui s'assure pour le compte de ses mandataires sociaux (lorsque la législation du pays concerné le permet). Dans cette hypothèse particulière, la franchise d'un montant souvent substantiel est fixée pour l'année d'assurance (franchise dite « aggregate »).

103. La durée du contrat

Le contrat est soit de durée ferme (un an), soit de durée indéterminée (dite durée compagnie ou société) avec faculté de résiliation annuelle. A l'instar des polices anglo-saxonnes, la durée est souvent de durée ferme et le souscripteur se trouve dans l'obligation de renouveler chaque année la couverture. Bien entendu, il ne s'agit pas d'une simple formalité administrative. L'assureur exige le plus souvent la fourniture d'éléments d'information (dernier bilan et compte de résultat, les annexes et le rapport de gestion du dernier exercice ; et surtout le retour d'un questionnaire).

A noter que la fourniture de ces documents est également exigée lorsque la durée du contrat est indéterminée. Si l'assuré n'obtempère pas, la résiliation par l'assureur est possible.

Par contre, l'assureur peut renoncer à un avantage prévu par le Code des Assurances et représenté par son droit de résilier après sinistre (c'est-à-dire après réclamation). Bien entendu, la résiliation à l'échéance reste applicable à condition de respecter le préavis de résiliation qui est habituellement d'un mois, voire deux mois (pour chacune des parties).

104. Modification du risque par fusion ou absorption de la société souscriptrice

Si au cours de la période d'assurance, la société souscriptrice fusionne avec une société extérieure, l'assurance des mandataires sociaux est automatiquement résiliée, sauf acceptation préalable de l'assureur sur la continuation.

Il en est de même lorsqu'une ou plusieurs personnes physiques ou morales agissant de concert obtiennent plus de 50% des droits de vote de la société souscriptrice.

Lorsque l'assureur accepte la continuation de l'assurance, avec ou sans surprime, avec ou sans amendement de la garantie, l'assurance porte à la fois sur les réclamations fondées sur des fautes commises avant et après les modifications structurelles.

11. Aspects quantitatifs de l'assurance

111. Quelques exemples de montants de garantie et de prime

Les montants de garantie varient en fonction de plusieurs critères (opinion du risque par l'assureur, taille de l'entreprise, ...) ; ils s'échelonnent généralement entre 1 M€ et plusieurs dizaines de millions d'euros.

Les primes varient dans les mêmes proportions : de 3.000 € (prime considérée par les assureurs comme un minimum) à plusieurs millions d'euros.

Avant de parcourir le tableau figurant ci-après et contenant quelques exemples concrets, il convient de relativiser ces données et de ne pas oublier que si la tarification peut varier d'un assureur à l'autre, les caractéristiques spécifiques de chaque entreprise représentent les éléments prépondérants pour la fixation d'une prime.

Voici quelques exemples concrets :

Entité	Garantie	Prime
Chambre de Commerce (activité régionale)	3,1 M€	3.845 €
Caisse Primaire d'Assurance Maladie (Régionale)	3 M€	3.900 €
Association d'œuvres sociales (Locale)	2 M€	3.130 €
Gie de Prestations informatiques (Régionale)	15 M€	5.000 €
Sté de Transport (Régionale)	2 M€	7.000 €
Établissement bancaire (Régionale)	7,5 M€	11.500 €
Sté de distribution (Nationale)	12,3 M€	12.500 €
Sté concessionnaire de service public (Nationale)	25 M€	90.000 €
Établissement bancaire (Mondiale)	+ 70 M€	1,8 M€

112. Les critères de tarification

Les assureurs subordonnent habituellement la souscription ou la continuation de la police et la tarification à la fourniture des documents dont un questionnaire-proposition rempli et signé comportant les rubriques suivantes :

- renseignements généraux sur la société (date de création, forme juridique, activités exercées, ...) ;
- événements survenus au cours des dernières années (acquisition de filiales, vente de filiales, fusion, restructuration, changement d'actionnaire prépondérant, ...) ;
- projets futurs (achat, fusion, activité nouvelle, ...) ;
- renseignements sur l'actionnariat (nombre d'actions, valeur nominale, date éventuelle d'introduction en bourse, nom des dirigeants sociaux, valeur des actions détenues et pourcentage du droit de vote, ...) ;
- renseignements sur les activités aux USA et Canada ;
- renseignements sur la politique d'emploi, le fonctionnement du conseil d'administration, ...

La tarification est principalement effectuée à partir des critères suivants : taille de l'entreprise ou du groupe, santé financière, implantation nationale ou internationale, nature des activités exercées (notamment bancaires ou financières), aspect plus ou moins concurrentiel du secteur, acquisition ou cession de filiales.

113. La prime d'assurance et la fiscalité

La prime d'assurance est payée par l'entreprise, alors que le contrat a pour objet la protection du patrimoine personnel des mandataires sociaux. Cette stipulation pour autrui autorisée par le Code des assurances a des incidences fiscales. Le Ministère de l'Économie et des Finances avait d'abord indiqué en 1985 « qu'en se substituant à ses dirigeants pour le paiement d'une prime d'assurance garantissant un risque personnellement couru par ceux-ci, la société accorde aux intéressés un avantage qui s'analyse en un complément de rémunération imposable ». Autrement dit, l'entreprise pourrait passer la prime en frais généraux, mais elle devait payer les cotisations sociales afférentes et le mandataire social déclarer l'avantage pour l'imposition personnelle sur le revenu.

Pour l'entreprise la prime payée est donc une charge déductible. Mais la question fiscale et sociale reste controversée pour les dirigeants eux-mêmes. En effet, par le biais d'une réponse ministérielle en date du 08/06/87, les pouvoirs publics ont changé leur position : « la prise en charge par une société de primes d'assurances destinées à couvrir la responsabilité de ses dirigeants salariés constitue une indemnité représentative de frais exonérée d'impôts dûs sur le revenu en application de l'article 81-1° du Code général des impôts, si le contrat souscrit couvre uniquement les risques inhérents à l'activité professionnelle exercée ».

