

**L'ASSURANCE RESPONSABILITE CIVILE DES
MANDATAIRES SOCIAUX**

Sous la direction de Monsieur le Professeur Michel Germain



« L'université Paris II droit – économie – sciences sociales n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

SOMMAIRE

Liste d'abréviations	6
Introduction	7
Partie 1 : L'admission de principe de l'assurance du dirigeant	12
<u>Section 1 : Une existence controversée</u>	12
I. Le contrat Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux, une assurance pour compte	12
II. Une contestation initiale fondée sur les risques de conflits d'intérêts	13
A. Le risque de requalification en abus de biens sociaux	13
1. Le critère du mépris de l'intérêt social	15
2. Le critère de la mauvaise foi du dirigeant	16
B. Assurance Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux au sein d'un groupe de sociétés	16
III. Les techniques au secours de la viabilité de la souscription	18
A. Les aménagements contractuels	18
B. L'utilisation de mécanismes de droit des sociétés	18
1. Le recours à la procédure des conventions réglementées	18
2. Le recours peu fréquent à la procédure des avantages particuliers	20
<u>Section 2 : Le vaste champ d'application de la Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux</u>	23
I. La variété de situations couvertes	23
A. Une conception large des assurés	23
1. Eu égard à la volonté du souscripteur	23
2. Eu égard aux dirigeants eux-mêmes	25
B. Une conception extensive des risques garantis	26
1. Les actions mettant en jeu la garantie Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux	27
a. Le recours des actionnaires : action individuelle ou action sociale ut singuli	27
b. Le recours de la société : action sociale ut universi	27
c. Le recours des tiers à proprement parler	28
2. L'étendue de la couverture	28
a. La responsabilité garantie	28
b. La couverture des frais de défense	29
II. Une mise en œuvre de la garantie facilitée	30
A. Ratione tempore	30
1. Généralités	30
2. Le cas particulier de la fusion absorption	31
B. Ratione loci	31
1. Les fondements de la responsabilité du dirigeant dans les filiales américaines	32

a.	Le devoir d'attention (<i>duty of care</i>)	32
b.	Le devoir de loyauté (<i>duty of loyalty</i>)	32
c.	Le devoir d'obédience (<i>duty of obedience</i>)	33
2.	Les fondements de la responsabilité du dirigeant au Royaume-Uni	33
Partie 2 : Le refus d'une assurance illimitée du dirigeant		36
<u>Section 1 : L'existence de limites matérielles.....</u>		<u>36</u>
I.	Les contraintes économiques liées à la souscription du contrat d'assurance	36
A.	L'évaluation des risques, déterminante du coût de la souscription	36
1.	L'analyse des risques	37
a.	L'examen de la situation financière	37
b.	L'étude de la gestion de la société souscriptrice	38
c.	L'obligation de transparence de la société souscriptrice	38
2.	La détermination du montant de la garantie et du coût de l'assurance	39
B.	Le mécanisme de franchise	39
II.	Les faits générateurs de responsabilité non couverts par la garantie	40
A.	La faute intentionnelle, privant le contrat d'assurance d'aléa	40
1.	La faute intentionnelle engendrant uniquement une responsabilité civile	41
2.	La responsabilité civile associée à une responsabilité pénale	43
B.	Les exclusions conventionnelles	45
1.	Les opérations exclues	45
2.	Les secteurs d'activité exclus	46
III.	Le traitement fiscal du contrat Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux ..	46
A.	Les données du problème	46
B.	Le traitement fiscal de la prime	47
1.	Au regard du souscripteur du contrat	47
a.	Prime versée pour couvrir les comportements étrangers à l'intérêt social	47
b.	Prime versée pour garantir les seuls actes accomplis dans l'exercice des fonctions sociales	48
2.	Au regard de l'assuré, bénéficiaire final de l'assurance	48
C.	Le traitement fiscal de l'indemnité d'assurance	48
1.	Le principe : l'absence d'imposition	49
2.	L'exception en cas de déduction du passif mis à la charge du dirigeant	49
<u>Section 2 : Assurance Responsabilité Civile et risque de déresponsabilisation du dirigeant.....</u>		<u>51</u>
I.	L'assurance et le déclin de la responsabilité civile comme peine privée	51
II.	La suppression du contrat Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux renfermée dans la proposition Caresche	52
A.	Le contexte de la proposition Caresche	52
B.	Le contenu de la proposition Caresche	53
C.	L'inertie du législateur	54
III.	Les « gardes-fous » opposés au contrat Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux visant à exclure toute déresponsabilisation du dirigeant	55
A.	La menace d'une participation pécuniaire du dirigeant	55
B.	L'effet prophylactique du droit pénal	56

Conclusion	57
Bibliographie	59
Annexe	62

LISTE D'ABREVIATIONS

Art. :	Article
C.cass. :	Cour de cassation
C.civ. :	Code civil
C.com. :	Code de commerce
CFMOA :	Comité Fiscal de la Mission d'organisation administrative
Civ. :	Chambre civile
Com. :	Chambre commerciale
Crim. :	Chambre criminelle
PME :	Petites et moyennes entreprises
PMI :	Petites et moyennes industries
RCMS :	Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux
SA :	Société Anonyme
SARL :	Société à Responsabilité Limitée
SAS :	Société par actions simplifiée
SCA :	Société en commandite par actions

INTRODUCTION

L'exercice d'un mandat social, de fonctions dirigeantes n'est pas une activité dépourvue de risques. En effet, contrairement aux idées reçues, les dirigeants, entendus au sens large comme étant ceux qui sont chargés de la direction et de la gestion d'une entreprise, ne peuvent systématiquement s'abriter derrière l'écran social de la société dont ils sont les mandataires ou les salariés. Ainsi, il y aurait chaque année plus de 5000 mises en cause de la responsabilité personnelle des dirigeants, sachant que plus de 40% des procédures aboutissent à des sanctions personnelles¹.

De prime abord, le pouvoir se trouvant concentré entre les mains de la coalition dirigeante, il paraît logique que cette dernière assume la responsabilité, à tout le moins civile, la responsabilité pénale étant personnelle, des agissements de l'entreprise. Entendue dans un sens générique, englobant à la fois la responsabilité délictuelle et contractuelle, cette responsabilité civile correspond, selon G. Cornu, à « *l'obligation de répondre civilement du dommage que l'on a causé à autrui, c'est-à-dire de le réparer en nature ou en équivalent* »². Toutefois, la position du législateur n'est pas aussi nette puisqu'il ne consacre pas une responsabilité civile automatique des dirigeants ; afin d'éclairer le propos, il conviendra d'envisager chaque fondement possible de la responsabilité personnelle du dirigeant.

Tout d'abord, conformément au droit commun de la responsabilité posé par les articles 1382 et suivants du Code civil, toute personne qui cause un dommage à autrui doit le réparer. Le dirigeant n'échappe pas à cette règle ; ainsi, dès lors que le triptyque traditionnel de cette responsabilité, à savoir la preuve d'une faute, d'un préjudice subi par la société, par les associés ou par un tiers et d'un lien de causalité entre ces deux éléments est établie, le dirigeant doit être reconnu comme personnellement responsable.

Un autre fondement de la responsabilité du dirigeant peut être trouvé dans la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Ainsi, en son article 244³, ce texte dispose que « *les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement*

¹ Sources : Tribunal de Commerce de Paris.

² G. Cornu, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, PUF, 7^{ème} éd.

³ L. 255-251 C.com.

selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ».

Il apparaît donc tout d'abord, au vu de ce texte, que la violation de réglementations particulières, si elle entraîne bien souvent la responsabilité pénale des dirigeants, n'est pas exclusive de responsabilité civile dès lors qu'elle cause un préjudice à autrui. À titre illustratif, il est possible de citer le cas, de l'absence de désignation ou de convocation du commissaire aux comptes qui, faisant encourir au dirigeant 2 ans d'emprisonnement et 30000 euros d'amende⁴, n'exclut pas l'engagement de sa responsabilité civile en vue d'indemniser le préjudice que sa défaillance aurait causé à un tiers.

En outre, la responsabilité personnelle du dirigeant peut être mise en jeu dès lors qu'il viole les statuts. Cela s'explique aisément par le fait que ce contrat représente le fondement même de la société et constitue la loi des associés. Le cas le plus fréquent de violation des statuts est celui où le dirigeant dépasse les pouvoirs qui lui sont conférés par ceux-ci. Ce dépassement est certes inopposable aux tiers et engagera donc la société à leur égard ; toutefois, cette dernière pourra demander la réparation de son préjudice éventuel au dirigeant.

Enfin, ce texte prévoit également que le dirigeant peut être tenu pour responsable des fautes qu'il a commises dans sa gestion tant à l'égard de la société que des tiers. Or, cette notion n'étant pas définie par le législateur, c'est à la jurisprudence qu'est revenu le soin d'en délimiter les contours. De manière générale, les juges ont adopté une appréciation in abstracto de la faute de gestion, conçue largement comme la violation des obligations de compétence, de transparence et de diligence. Toutefois, pour engager la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers, la faute doit en outre être séparable des fonctions de ce dernier⁵, soumettant ainsi la mise en cause de cette responsabilité à un mécanisme proche de celui de la responsabilité des agents de l'Etat. Malgré l'incertitude de l'interprétation doctrinale, oscillant entre l'affirmation d'une définition et la simple illustration d'un type de faute de gestion séparable des fonctions⁶, il semblerait que la chambre commerciale, tout comme la première chambre civile de la Cour de cassation, aient adopté une solution identique, en retenant que cette faute du dirigeant est caractérisée dès lors que celui-ci « *commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec*

⁴L.820-4 C.com.

⁵ Cass. com. 4 octobre 1988 « Lepoivre ».

⁶ B. Dondéro considère qu'une définition de la faute de gestion a été dégagée (*Dalloz* 2003, p. 2623), ce qui n'est pas le cas de H. Le Nabasque, qui préfère ne voir dans cette solution qu'une « espèce dans un genre », suffisant à solutionner le litige en cause (*Bulletin Joly sociétés*, juillet 2003, §167).

l'exercice normal de ses fonctions sociales »⁷. Il en est ainsi lorsque le dirigeant a abusé intentionnellement du crédit de la société, en cédant deux fois la même créance par exemple ⁸

Les hypothèses qui viennent d'être évoquées ne concernent que la société in bonis. Or, la responsabilité personnelle du dirigeant peut également être recherchée lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective, régie par la loi de sauvegarde des entreprises du 20 juillet 2006.

En vertu de ce texte, le dirigeant peut tout d'abord voir sa responsabilité engagée lors d'une action dite en comblement de passif (L.651-2 C.com.). Ainsi, lorsque le redressement ou la liquidation judiciaires font apparaître une insuffisance d'actif social, consécutive d'une faute de gestion, le tribunal peut décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou partie, par les dirigeants de fait ou de droit, dès lors que le demandeur prouve l'existence d'une faute de gestion et d'un lien de causalité entre elle et l'insuffisance d'actif.

Par ailleurs, la loi de 2006 a innové en matière de responsabilité personnelle des dirigeants : en contrepartie de la suppression de la possibilité d'une extension de la procédure collective à ceux-ci, elle a instauré, à l'article L.652-1 C.com., une obligation nouvelle aux dettes sociales. Ce texte permet ainsi au tribunal, au cours d'une procédure de liquidation judiciaire, de mettre à la charge de l'un des dirigeants la totalité ou une partie des dettes de la société dès lors qu'il est établi que celui-ci a commis l'une des cinq fautes suivantes, ayant contribué à la cessation des paiements : la disposition des biens de la personne morale comme des siens propres, la réalisation, sous couvert de la personne morale, d'actes de commerce dans un intérêt personnel, l'usage des biens ou du crédit de la société contraire aux intérêts de celle-ci, la poursuite abusive, et dans un intérêt personnel, d'une exploitation déficitaire ou encore, le détournement, la dissimulation de tout ou partie de l'actif ou l'augmentation frauduleuse du passif social.

Plus grave encore, les articles L.653-1 et suivants du Code de commerce permettent au tribunal, quand une procédure de redressement judiciaire est ouverte, de prononcer la faillite personnelle des dirigeants de fait ou de droit des personnes morales pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective.

De l'ensemble de ces constatations, il est possible d'affirmer que le dirigeant d'une personne morale n'est pas à l'abri, derrière l'écran social, d'une mise en cause de sa responsabilité personnelle, qui peut avoir lieu dans des cas variés, que la société soit in bonis ou

⁷ Cass. com. 20 mai 2003 et Civ. 1^{ère} 16 novembre 2004.

⁸ Cass. com. 20 mai 2003 précité.

non. Fort de ce constat, le Lloyd's de Londres⁹ a innové en proposant, il y a une cinquantaine d'années, la première police d'assurance permettant de couvrir les conséquences pécuniaires de l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant sous la dénomination de *directors and officers' liability insurance*. Il a été rapidement suivi par les compagnies d'assurance américaines qui ont d'ailleurs introduit, dès 1985, ce nouveau produit dans le paysage juridique français. Toutefois, malgré ces affinités apparentes, il faut se garder de déduire que le contrat Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux (RCMS) n'est qu'une pâle copie du modèle anglo-américain. En effet, la spécificité de nos droits des sociétés, des assurances et de notre fiscalité sont de nature à teinter d'originalité cette convention, dont la stipulation reste encore entourée d'une certaine discrétion.

Ainsi, force est de constater qu'en pratique, les dirigeants semblent mal ou peu renseignés sur l'étendue des risques qu'ils encourent et sur l'utilité même de cette garantie. S'ils ont le réflexe d'assurer leur entreprise en vue de la protéger contre les risques inhérents à son activité, en souscrivant un contrat « Responsabilité civile générale », les dirigeants n'ont pas ou peu l'habitude de se prémunir en cas d'engagement de leur responsabilité personnelle, qui met pourtant en danger leur patrimoine propre (disponibilités, résidence voire succession). Or, l'adjonction de ce type de garantie dans le contrat d'assurance de responsabilité civile générale qui vient d'être évoqué n'est pas souhaitable, car la responsabilité encourue par les dirigeants à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions est distincte de celle incombant à la société dans l'exercice de ses activités de production de biens ou de prestation de services.

Il convient donc d'analyser si, en l'état actuel de notre droit, le recours à l'assurance RCMS constitue réellement un moyen efficace pour la société de gérer le risque de responsabilité de ses dirigeants.

Malgré le fait que certains débats houleux aient eu lieu, il y a une vingtaine d'années, lorsque le contrat RCMS en était à ses prémises, il semblerait dorénavant que cette assurance soit pleinement admise dans son principe, comme nous le verrons dans une première partie. Cependant, notre système juridique reste réticent à l'idée d'une assurance illimitée du dirigeant, mettant ainsi en exergue la problématique de la déresponsabilisation de ce dernier, comme l'illustrera notre seconde partie.

⁹ Groupement de syndicats constitutif d'un marché d'assurance.

PARTIE 1 : L'ADMISSION DE PRINCIPE DE L'ASSURANCE DU DIRIGEANT

Le fait que le contrat RCMS ait trouvé sa place dans notre ordre juridique depuis une vingtaine d'années ne lui a pas empêché de connaître des débuts houleux car son existence était, en elle-même, controversée (section 1). Cela n'a toutefois pas entravé une large expansion des garanties offertes par ce contrat aux dirigeants (section 2).

Section 1 : Une existence controversée

Prenant la forme d'une assurance pour compte (I), la garantie RCMS a fait l'objet de vives contestations fondées sur son éventuelle contrariété avec l'intérêt social de la société ayant souscrit le contrat qui n'est pas la bénéficiaire in fine de l'assurance (II). Néanmoins, avec un recul d'une vingtaine d'années sur cet outil de la gestion du risque de responsabilité du dirigeant, les praticiens sont parvenus à conjurer le risque de conflit d'intérêts en ayant recours à des mécanismes classiques de droit des sociétés (III).

I. Le contrat Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux, une assurance pour compte

À titre liminaire, il convient de rappeler que le contrat d'assurance est une convention passée entre un assureur et un souscripteur. Ce dernier revêt la qualité de partie au contrat au nom de laquelle la police est signée, redevable, en outre, du paiement des primes à son cocontractant. L'assuré est quant à lui la personne physique ou morale, bénéficiaire de l'assurance car menacée par le risque couvert, soit dans sa personne, soit dans son patrimoine¹⁰. La distinction du souscripteur et de l'assuré est essentielle dans notre étude, puisqu'il s'agit d'une assurance pour compte, reposant sur le mécanisme de la stipulation pour autrui, envisagé à l'article 1121 C.civ., comme la « *convention par laquelle l'une des parties, le stipulant, fait promettre à l'autre, le promettant, l'accomplissement d'une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire* »¹¹.

¹⁰ Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, Précis de droit des assurances, Dalloz n°194 s. p 171.

¹¹ G. Cornu, Vocabulaire juridique, op. cit.

Le souscripteur du contrat d'assurance RCMS est généralement distinct des personnes dont l'activité assurée peut se révéler dommageable pour autrui. La police n'est donc pas souscrite par chacun des dirigeants concernés, agissant individuellement pour son compte mais par la société pour l'ensemble des responsabilités qu'ils encourent dans le cadre de leur mandat. Le contrat est donc conclu par la société pour compte de son dirigeant s'il est unique ou de la collectivité des dirigeants, selon le type de structure en cause. Cet état de fait explique que les dirigeants ne souscrivent cette assurance en leur nom propre que dans de très rares cas.

En pratique, les contrats RCMS stipulent, dans la majorité des cas, qu'ils renferment une assurance pour compte. Néanmoins, dans le silence des parties, cette caractéristique peut être déduite de la définition du terme « assuré », donnée par le contrat, qui vise souvent de manière large et non nominative, comme nous le verrons, les dirigeants de la société souscriptrice. À titre d'exemple, le contrat « Business » proposé par l'assureur AIG Europe vise en son article 2.1 a) « *les dirigeants passés, présents ou futurs du souscripteur* ».

Dès son apparition dans les années 1980, l'assurance RCMS a suscité un débat découlant directement de son caractère d'assurance pour compte ; en effet, le fait que la société doive supporter le paiement des primes, alors même qu'elle n'est pas l'assuré stipulé au contrat, a soulevé la question de la conformité de cette police avec l'intérêt social.

II. Une contestation initiale fondée sur les risques de conflits d'intérêts

En réalité, les contestations se sont essentiellement cristallisées autour de deux types de conflits d'intérêts : d'une part la question de la conformité de la souscription de l'assurance RCMS avec la prohibition pénale des abus de biens sociaux (A) et d'autre part la problématique liée aux groupes de sociétés qui conjuguent l'intérêt de chacune des sociétés composant le groupe avec l'intérêt du groupe lui-même (B).

A. Le risque de requalification en abus de biens sociaux

Traditionnellement, ce délit vise les dirigeants qui, de mauvaise foi, ont sciemment fait des biens ou des services de la société un usage contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés

directement ou indirectement. Il convient de noter que l'abus de biens sociaux tel qu'il vient d'être défini ne concerne que les dirigeants de sociétés dites à risque limité entendues au sens large comme les SARL, les SA, les SCA, les SAS¹²... Toutefois, les dirigeants de sociétés à risque illimité peuvent être poursuivis de la même manière sur le fondement du délit d'abus de confiance. Intéressons nous à chaque élément constitutif de cette infraction afin de déterminer si les craintes initiales étaient fondées.

De prime abord, il peut sembler que la poursuite d'une fin personnelle directe ou indirecte du dirigeant est caractérisée lors de la souscription d'une assurance RCMS. Celle-ci satisfait en effet son intérêt pécuniaire personnel dans la mesure où elle est susceptible de lui éviter de devoir prélever sur son patrimoine personnel les fonds requis pour indemniser les victimes des fautes qu'il a pu commettre.

Cependant, cette affirmation mérite d'être nuancée, en premier lieu, parce que cet intérêt personnel subit l'aléa même qui affecte le risque d'engagement de la responsabilité civile du dirigeant. Aussi, le but d'enrichissement personnel, rendant l'acte condamnable, semble d'autant moins caractérisé lors de la souscription de l'assurance, que la jurisprudence apprécie, de manière constante, l'intérêt personnel de l'auteur de l'infraction au moment où l'acte litigieux est accompli¹³.

En second lieu, comme nous le verrons ultérieurement, cette police vise, en pratique, à profiter à l'ensemble des dirigeants et non pas seulement au dirigeant qui l'a souscrite en sa qualité de représentant de la société. Il découle de ce constat que le recours à l'assurance ne vise pas tant à protéger un intérêt personnel pris isolément mais correspond plutôt à la volonté de protéger une collectivité d'intérêts, ce qui permet d'éloigner, selon le Professeur Constantin, « *le spectre du délit* »¹⁴.

Enfin, la garantie n'est pas illimitée mais plafonnée et l'on ne saurait oublier que le dirigeant reste associé à sa propre défense puisqu'il garde, dans des cas encore nombreux, à sa charge une franchise, dont les modalités de détermination seront évoquées ultérieurement.

Analysons à présent la souscription d'un contrat RCMS à la lumière des critères caractérisant l'abus de biens sociaux : son élément moral, l'exigence d'une contrariété avec l'intérêt social (1) et la mauvaise foi du dirigeant (2).

¹² L.241-3 pour les SARL, L.242-6 pour les SA, L.243-1, L.243-1 pour les SCA, L.244-1 pour les SAS.

¹³ Cass. crim. 16 janvier 1989 et Cass. Crim. 2 décembre 1991.

¹⁴ A. Constantin, « De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Revue de jurisprudence de droit des affaires* 2003, n°7 p.595

1. Le critère du mépris de l'intérêt social

L'intérêt social doit généralement être compris comme l'intérêt de la personne morale. Il a ainsi pu être reproché à l'assurance RCMS de contrevenir à cet intérêt, la souscription et surtout le paiement par la société des primes pour le compte des dirigeants paraissant réduire le patrimoine de la société sans qu'elle ne perçoive aucune contrepartie. En réalité, il s'avère préférable de se garder d'un raisonnement si hâtif, pour diverses raisons qu'il conviendra d'explicitier successivement.

Tout d'abord, il apparaît impossible de considérer que cette police soit contraire à l'intérêt social dès lors que la société peut elle-même en invoquer le bénéfice. Celle-ci dispose en effet de la faculté d'être indemnisée via cette assurance des préjudices directs ou indirects que ses dirigeants auraient pu lui causer.

Par ailleurs, si l'on aborde cette question sous un angle plus pragmatique, l'intérêt de la société semble satisfait quand son action permet de libérer ses dirigeants de la menace de l'engagement de leur responsabilité, en les mettant ainsi dans une situation dans laquelle ils peuvent pleinement exercer leur liberté d'action, et accomplir au mieux leur mission. La dimension psychologique du risque pouvant handicaper le dirigeant, la société, par la souscription de ce contrat, contribue à optimiser les capacités de ses équipes. Comme le souligne un récent rapport de l'Institut Montaigne¹⁵, l'assurance représente la contrepartie d'une plus grande implication des dirigeants dans la vie de l'entreprise.

Enfin, il ne faut pas oublier que l'ensemble du droit de la responsabilité civile reste guidé par une logique d'indemnisation des victimes et non une logique sanctionnatrice, contrairement à la responsabilité pénale. Le recours à l'assurance s'inscrit tout à fait dans ce courant. Elle permet en effet d'indemniser ceux qui ont subi un préjudice en faisant peser cette réparation sur la collectivité des souscripteurs. De plus, il est évident que l'image d'une entreprise sort moins ternie suite à la révélation d'erreurs de ses dirigeants lorsque, par l'effet de l'assurance, les victimes de ces agissements voient, sans délais, ni recours judiciaires coûteux, leur préjudice indemnisé. L'image de marque de la société ne peut qu'en ressortir renforcée.

¹⁵ Institut Montaigne, Mieux gouverner l'entreprise, éd. Montaigne, mars 2003.

2. Le critère de la mauvaise foi du dirigeant

Partant de ces constatations qui écartent tout élément matériel de l'infraction, qu'en est-il de l'élément moral du délit, à savoir, la conscience du dirigeant de satisfaire un intérêt personnel au détriment de l'intérêt social ? Selon le professeur Constantin, la recherche de cet élément est inopérante puisque le fait même de ne pouvoir caractériser que l'intérêt personnel prévaut et contrevient à l'intérêt social empêche la mise en évidence de l'intention du dirigeant¹⁶.

Par conséquent, il apparaît clairement que les critiques faites au contrat RCMS lors de son lancement, fondées sur son potentiel caractère d'abus de bien social, se sont révélées infondées, dès lors que l'on a considéré cette police dans sa globalité, en insérant notamment dans le raisonnement le paramètre lié à la meilleure indemnisation des victimes, moins exposées au risque d'insolvabilité de la personne condamnée, et certaines d'obtenir rapidement une entière réparation de leur préjudice.

Cette première source de contestation ayant été écartée, il convient d'aborder la problématique de la souscription d'une assurance RCMS au sein d'un groupe de sociétés.

B. Assurance RCMS au sein d'un groupe de sociétés

Prenons le cas d'une société, généralement la mère d'un groupe, qui souscrit une assurance RCMS pour le compte non pas de ses propres dirigeants mais en vue d'en faire bénéficier les dirigeants de sociétés membres de son groupe telles que des sociétés sœurs ou des filiales. Si l'on s'en tient aux principes généraux du droit des sociétés, les patrimoines de chacune des sociétés du groupe étant juridiquement distincts, il apparaît difficile de faire supporter par la mère par exemple le coût d'une assurance profitant à des mandataires de ses filiales, sans aucune contrepartie financière.

¹⁶ A. Constantin op. cit.

Dans un tel cas de figure, il faut tenir compte, dans la qualification de l'abus de biens sociaux, non seulement de l'intérêt de chacune des sociétés en cause, mais également l'intérêt du groupe dans sa globalité¹⁷.

Cette jurisprudence exige également, pour que l'assurance couvrant les dirigeants sociaux de sociétés appartenant au même groupe soit valablement contractée par la mère de celui-ci, que la souscription et le paiement des primes afférentes soient bien réalisés dans l'intérêt d'un groupe véritable. Dans le même esprit, il doit exister un intérêt économique, social ou financier commun aux entités du groupe.

Il faut en outre que l'opération ne soit pas dénuée de contrepartie pour la société souscriptrice, et plus précisément que l'équilibre des avantages respectivement retirés par chacune des sociétés soit respecté. En pratique, la souscription va s'accompagner d'une rémunération au titre d'un mandat de services, versée par la société dont les dirigeants sont les bénéficiaires effectifs de l'assurance. En revanche, il convient de noter que l'avantage ainsi reçu par les dirigeants, sous la forme du paiement de la prime, est constitutif d'un complément de rémunération. Or, comme le souligne C. Freyria, si cet avantage, cumulé avec sa rémunération directe est excessif, la qualification d'abus de biens sociaux ne pourra alors être écartée¹⁸.

Il est de plus évident qu'il ne faut pas que l'opération ait pour effet d'obérer les capacités financières de la société partie au contrat d'assurance au point de compromettre son avenir. Le montant de la prime devra donc respecter les contraintes financières qui s'imposent à la société souscriptrice.

Afin de contourner le risque de conflits d'intérêts, les praticiens ont tendance à prévoir certains aménagements contractuels et à conseiller d'utiliser certains mécanismes de droit des sociétés.

III. Les techniques au secours de la viabilité de la souscription

Elles sont de deux ordres : d'une part la stipulation d'un certain type de clauses (A) et d'autre part, le recours à des mécanismes traditionnels de droit des sociétés (B).

¹⁷ Depuis l'affaire Rozenblum : Cass. Crim. 4 février 1985

¹⁸ C. Freyria, « L'assurance de responsabilité civile du management », *Dalloz* 1995 chronique p. 120.

A. Les aménagements contractuels

Afin d'éviter que le versement de la prime par la société qui emploie le dirigeant ne soit requalifié en abus de biens sociaux, certains contrats prévoient habilement une clause stipulant que les sommes versées au titre d'une prise en charge au pénal des frais de procédure pourront être remboursées par l'assuré, sur demande de l'assureur, en cas de condamnation effective du dirigeant. Il aurait en effet pu être considéré comme anormal qu'un dirigeant, auteur d'une infraction pénale, se plaçant donc en contradiction avec les lois édictées pour le bien de la collectivité, soit à ce point aidé par un contrat passé par sa société. La portée de cette clause reste toutefois limitée au seul engagement de la responsabilité pénale du dirigeant mais peut se révéler être une utile prudence, notamment si elle est couplée avec un recours aux techniques classiques du droit des sociétés visant à lutter contre les conflits d'intérêt.

B. L'utilisation des mécanismes de droit des sociétés

Afin d'écartier tout conflit d'intérêts, entendu comme la situation dans laquelle le dirigeant risque d'exercer ses pouvoirs afin de s'octroyer dans la société un avantage dont ne profiteraient pas les autres membres du groupement, la société peut également utiliser des mécanismes traditionnels de droit des sociétés et ainsi soumettre la conclusion du contrat RCMS au respect de la procédure des conventions réglementées (A), voire dans de très rares cas, à la procédure dite des avantages particuliers (B).

1. Le recours à la procédure des conventions réglementées

Dans sa lutte contre les conflits d'intérêts, le législateur a distingué trois types de conventions pouvant être conclues, directement ou indirectement entre une société et ses dirigeants : les conventions interdites, les conventions réglementées et les conventions autorisées. Il convient de déterminer de quelle catégorie relève le contrat RCMS.

Certaines conventions sont tout d'abord prohibées parce qu'elles sont dangereuses pour la société. Les articles L.223-21 pour les SARL, L.225-43 pour les SA et L.227-12 pour les SAS intègrent dans cette catégorie le cas où le mandataire social contracte, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, ou se fait consentir, par elle, un découvert, ou encore fait

cautionner ou avaliser par elle ses engagements envers les tiers. La souscription d'une police d'assurance RCMS n'entrant pas dans ces hypothèses, il semblerait que l'on puisse écarter le risque de requalification en convention prohibée.

Les conventions dites réglementées visées à l'article L.225-38 du Code de commerce comme celles intervenant directement ou par personne interposée entre la société et un de ses mandataires sociaux sont soumises à l'approbation préalable du Conseil d'Administration. Peut-on considérer que la souscription d'une assurance RCMS nécessite la mise en œuvre de cette procédure de contrôle ? De prime abord, il serait possible de soutenir que cela n'est pas applicable dans la mesure où la convention est conclue par la société non pas avec l'un de ses dirigeants mais avec un tiers. Or, ce dernier n'a aucun des liens, stigmatisés par le législateur, avec le dirigeant. Toutefois, la prudence peut conduire à redouter des tribunaux une appréciation plus téléologique du texte, prenant ainsi en considération le but poursuivi par le législateur dans son action normative, à savoir la lutte contre les conflits d'intérêt. Dès lors, il semble difficile de ne pas considérer que les dirigeants ont un intérêt manifeste à la souscription, par leur société, d'une assurance couvrant leur responsabilité personnelle. Certes, il n'existe aucune jurisprudence en la matière, ce qui ne permet pas de trancher avec certitude pour l'une ou l'autre de ces acceptions de la portée des règles relatives aux conventions réglementées ; mais, les raisons qui viennent d'être exposées poussent à conseiller, en toute hypothèse, le respect de cette procédure. En l'absence de telles précautions, donc si la convention n'est pas approuvée ou l'est irrégulièrement et que le contrat RCMS est qualifié de convention réglementée, le dirigeant devra répondre des conséquences dommageables pour la société découlant de la souscription litigieuse. Logiquement, lesdites conséquences ne peuvent correspondre, dans le cas de la conclusion d'un contrat d'assurance, qu'au montant des primes supportées par la société. Toutefois, en prouvant que la société a pu voir son intérêt satisfait par la réalisation de cette opération d'assurance, le dirigeant pourra éviter d'être inquiété sur ce fondement.

Certains auteurs militent¹⁹, dans une optique prospective, pour que le contrat RCMS soit qualifié de convention autorisée car il s'inscrit, selon eux, dans le cadre des « *opérations courantes, conclues à des conditions normales* » comme le prévoient les articles sus cités. En effet, le recours à l'assurance est courant pour les sociétés afin de faire face aux risques inhérents à leur activité. Quant à l'exigence que cette opération soit conclue à des conditions normales, elle

¹⁹ A. Constantin, op.cit.

se trouve remplie dès lors que les règles d'ordre public du droit des assurances et du droit des sociétés sont respectées. Certes, une telle admission permettrait l'éviction de la procédure des conventions réglementées mais pas nécessairement la disparition de toute transparence. En effet, depuis la loi NRE codifiée à l'article L.225-39 alinéa 2 du Code de commerce, le contenu des conventions courantes et normales doit être communiqué, à tout le moins pour les SA, au président du conseil d'administration, qui doit ensuite transmettre la liste et l'objet de ces conventions aux membres du conseil et aux commissaires aux comptes. Les SAS ne sont pas en reste puisque l'article L.227-11 du même code dispose que ces conventions courantes doivent être communiquées aux commissaires aux comptes et que tout associé peut en obtenir communication.

À l'issue de ce constat, il apparaît que bien que la procédure des conventions réglementées ne soit pas obligatoire, aucune disposition législative ni aucun courant jurisprudentiel ne l'imposant expressément en présence d'un contrat RCMS, la prudence semble l'imposer, et peut constituer un élément attestant, en cas de litige, de la bonne foi de l'équipe dirigeante et de sa volonté de transparence. Selon F. Viterbo, seule une meilleure transparence à la souscription de cette police d'assurance favorisera sa pérennité²⁰. Toujours dans cette optique de prévention du risque de conflit d'intérêt posé par la souscription du contrat RCMS, la question de l'éventuelle application de la procédure des avantages particuliers se pose.

2. Le recours peu fréquent à la procédure des avantages particuliers

En vertu de l'article L.225-14 alinéa 2 et L.225-8, en cas de stipulation d'avantages particuliers au profit de toute personne, il convient de respecter la procédure applicable aux apports en nature, exigeant un rapport du commissaire aux comptes, désigné par le président du Tribunal de Commerce, sur l'évaluation de l'avantage en question et une approbation de l'octroi par l'assemblée générale extraordinaire de la société. Notons que les bénéficiaires sont privés de leur voix délibérative dans cette hypothèse.

Le recours à une telle procédure va dépendre de l'appréhension qui est faite de la notion même d'avantage particulier. En l'absence de définition légale, ce dernier est entendu en jurisprudence comme l'avantage « *qui ne peut avoir aucune influence relativement aux droits des*

²⁰ F. Viterbo, « La faute de gestion », *Revue Lamy Droit des Affaires*, novembre 2006, n°10 p. 89.

autres actionnaires sur le fonds social et sur ses produits »²¹. Une conception extensive de celui-ci, prônée par D. Schmidt conduirait à penser qu'il existe un tel avantage « *chaque fois qu'une personne retire de la société un droit ou un gain non partagé avec les associés ; l'avantage est particulier d'une part, parce qu'il profite à une ou plusieurs personnes, et d'autre part parce qu'il n'est pas commun* »²². Pris dans ce sens, l'avantage particulier paraît bien recouvrir l'hypothèse de l'assurance souscrite et payée par la société pour le compte de son dirigeant.

Toutefois, la conception extensive ne semble pas être celle qui soit la plus largement retenue.

Tout d'abord, si l'on s'en tient aux textes traitant de cette question, la portée de la mise en œuvre de cette procédure se limite à des étapes bien particulières de la vie de la société ; ainsi, ne sont soumis à la procédure de vérification et d'approbation que les seuls avantages particuliers octroyés lors de la constitution (L.225-8 C.com.), lors d'une augmentation de capital (L.225-147 C.com.), lors d'une fusion (L.236-10 C.com.), ou encore lors de la transformation d'une SA en une société d'une autre forme (L.224-3 C.com.).

En outre, la ratio legis de cette procédure se trouve être le respect de l'égalité des associés²³. Or, en toute logique, si les dirigeants ne sont pas associés, une assurance souscrite à leur profit ne peut être qualifiée d'avantage particulier.

De plus, en pratique, l'assurance est le plus souvent souscrite non pas au profit d'une personne nommément désignée mais d'une fonction. Le bénéfice de l'assurance n'est donc octroyé au dirigeant social qu'en raison de sa qualité et de la responsabilité qu'il encourt particulièrement de ce chef.

L'ensemble de ces arguments permet donc d'écarter l'application de cette procédure à tout le moins lorsque l'avantage n'est pas consenti à une personne nommément désignée. Dans ce dernier cas, en effet, la transparence et la protection des actionnaires l'imposeraient ce contrôle des avantages particuliers.

De ces constatations, il est possible de déduire que les réserves, les craintes initialement formulées en Doctrine à l'encontre du contrat RCMS, principalement fondées sur la potentialité d'un conflit d'intérêts qui risquerait de s'avérer néfaste pour la société, ont été largement

²¹ Cass. 6 mars 1935

²² D. Schmidt, « Les conflits d'intérêt dans la société anonyme », *Bull. Joly* 1999, n°37.

²³ D. Schmidt, précité n°39

démenties par la façon dont les praticiens ont encadré la souscription de cette police. En effet, pour éviter tout conflit d'intérêt et en l'absence de dispositions légales traitant directement du contrat RCMS, ces derniers ont préféré, outre la stipulation du refus de prendre en charge des frais dans les procès pénaux entraînant une condamnation effective du dirigeant, assurer une transparence au sein de la société souscriptrice en recourant, de manière efficace, à des techniques traditionnelles du droit des sociétés.

Cette initiative s'est révélée positive puisque, grâce à elle, la police RCMS a pu progressivement se développer tant quantitativement que qualitativement, avec une extension à des personnes et des risques garantis assez considérable, qu'il convient à présent d'évoquer.

Section 2 : Le vaste champ d'application de la Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux

Cette assurance, pouvant être qualifiée d'assurance « tous risques sauf », c'est-à-dire laissant une place importante à la liberté contractuelle, les parties pouvant décider d'inclure ou d'exclure certaines hypothèses de la garantie, a vocation à s'appliquer dans de nombreux cas, du fait de l'étendue des situations couvertes (I) et des possibilités de mise en œuvre de cette police (II).

I. La variété de situations couvertes

Le fait que la garantie RCMS puisse être mise en œuvre dans de nombreuses hypothèses s'explique principalement par l'appréciation large qui est faite des assurés (A), doublée d'une conception extensive de l'objet de la garantie (B).

A. Une conception large des assurés.

Afin de déterminer quelles sont les personnes effectivement couvertes par l'assurance, il convient d'analyser dans un premier temps quelle étendue le souscripteur a voulu donner à la garantie lorsqu'il a conclu le contrat (1) et dans un second temps à quelles conditions un dirigeant peut effectivement bénéficier de la police RCMS (2).

1. Eu égard à la volonté du souscripteur

Comme nous l'avons précédemment évoqué, l'assurance RCMS peut être souscrite dans le cadre d'un groupe de sociétés par une mère par exemple, afin d'en faire profiter les dirigeants de sa ou ses filiale(s). Il faut donc déterminer, au moment de la conclusion du contrat, si le souscripteur entend limiter la garantie aux seules activités de ses dirigeants en son sein ou si, dans la mesure où il exerce un contrôle sur d'autres sociétés, il entend faire bénéficier ses dirigeants à l'occasion des mandats exercés par eux dans ces autres sociétés. La notion de contrôle doit ici être entendue largement, au sens de l'article L.233-2 du Code de commerce,

comme comprenant d'une part le contrôle de droit, visant la situation dans laquelle la société souscriptrice détient directement ou indirectement une fraction du capital d'autres sociétés lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées. D'autre part, est également visé le contrôle conjoint dans le cadre duquel la société souscriptrice dispose seule de la majorité des droits de vote dans une autre société en vertu d'un accord conclu avec d'autres actionnaires non contraire à l'intérêt de la société²⁴. Enfin, le contrôle de fait doit lui aussi être pris en compte sachant qu'il concerne le cas où la société souscriptrice exerce un pouvoir de décision par les droits de vote dont elle dispose dans les assemblées générales d'une autre société. Ce dernier type de contrôle existe notamment lorsque la société souscriptrice possède dans une autre société, directement ou indirectement une fraction de droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à celle-ci.

En présence de sociétés faisant l'objet d'un contrôle de droit, le contrat RCMS souscrit par la mère pourra bénéficier tant à ses propres dirigeants sociaux, qu'ils soient détachés dans les autres sociétés du groupe ou non, qu'aux dirigeants sociaux de ces dernières, tout dépendra de l'étendue que la souscriptrice entend donner à son engagement de supporter le poids de la garantie, dans les conditions vues supra. En revanche, la situation est quelque peu différente en présence de contrôles conjoints ou a fortiori de contrôles de fait. Au-delà du fait que ces prises de participations ne traduisent que des liens financiers tenus avec la société souscriptrice, cette dernière court surtout le risque que son dirigeant détaché se voit condamner in solidum avec les autres mandataires sociaux de la société contrôlée conjointement ou de fait.

Notons enfin que l'application de la garantie RCMS aux participations de la société souscriptrice est dans certains cas, alors même que les conditions de seuil seraient remplies, soumises à l'accord écrit de l'assureur, car considérées comme étant risquées. Ainsi, la police d'assurance RCMS proposée par Generali²⁵ soumet la couverture de ses dirigeants au titre des participations dans les sociétés situées aux Etats-Unis d'Amérique, dans les sociétés ayant des valeurs mobilières placées sur un marché réglementé dans ce pays, dans les sociétés de haute technologie et biotechnologie et enfin dans les institutions financières (établissements de crédit,

²⁴ Sauf à conclure une convention de vote prohibée car constitutive d'un abus de majorité tel qu'envisagé par Cass. 18 avril 1961 aux termes duquel est abusive la décision impliquant une rupture de l'égalité entre les actionnaires dès lors qu'elle a été prise « contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité ».

²⁵ IV 2) du Contrat « Responsabilité Civile des Dirigeants de Sociétés » proposé par Generali.

entreprises d'investissement, sociétés de capital investissement, compagnies d'assurance et de réassurance, mutuelles), à un accord écrit préalable donné par la compagnie.

Par ailleurs, il est important de relever que la police RCMS peut être souscrite par une association, en vue de garantir ses dirigeants salariés ou bénévoles, dans les mêmes conditions qu'une société commerciale²⁶

2. Eu égard aux dirigeants eux-mêmes.

Alors qu'à ses débuts, l'assurance RCMS ne pouvait bénéficier qu'aux dirigeants nommément désignés au contrat, ce qui obligeait la société souscriptrice à fournir une liste des dirigeants régulièrement désignés, et à mettre cette liste à jour à chaque changement, induisant ainsi une lourdeur administrative notable. À l'heure actuelle, les polices qui sont souscrites ont plutôt tendance à viser une fonction déterminée, voire de manière plus large, comme dans le contrat Business Guard proposé par AIG Europe, à viser l'ensemble des dirigeants de droit « *investis dans leurs fonctions régulièrement au regard de la loi et des statuts* »²⁷.

Les dirigeants de fait, définis en jurisprudence comme étant les personnes qui, dépourvues de mandat social se sont immiscées par des actes positifs dans la gestion, l'administration ou la direction de la société²⁸, ne sont, pour leur part, pas en reste. Certes en présence d'un tel risque, flou et donc difficile à déterminer, la garantie ne peut être acquise de plein droit. Elle est néanmoins souvent souscrite, comme l'atteste le contrat proposé par Generali qui définit dans ses conditions particulières le dirigeant de fait couvert par l'assurance comme « *toute personne physique mise en cause au titre de fonctions exercées au sein de la société souscriptrice, avec ou sans mandat, avec ou sans délégation de pouvoir, et dont la responsabilité est recherchée pour faute de direction ; toute personne physique qualifiée de dirigeant de fait de la société souscriptrice par toute juridiction* »²⁹.

Enfin, l'assurance couvre non seulement les dirigeants titulaires d'un mandat social mais aussi liés à la société par un contrat de travail. Certaines polices, notamment celle développée par

²⁶ Contrat « Responsabilité des dirigeants d'association » proposé par Generali

²⁷ Article 2.2 a) du contrat « Business Guard – Responsabilité des Dirigeants » proposé par AIG Europe.

²⁸ Par exemple, Com. 23/11/1999, *RJDA* mars 2000 n°270

²⁹ I b) du Contrat « Responsabilité des dirigeants de société » proposé par Generali

Generali, vont même plus loin en étendant la garantie à de simples employés passés, présents ou futurs mis en cause avec un dirigeant.

Ces définitions, très larges, ont vocation à garantir les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, qu'ils soient mandataires ou salariés, dans la majeure partie des situations mettant en jeu leur responsabilité civile. Notons que très logiquement, si le mandat du dirigeant vient à expirer durant la période couverte par l'assurance, celui-ci conserve tout de même la qualité d'assuré pour l'ensemble des actes qu'il a réalisés dans le cadre de son mandat.

En cas de décès du dirigeant social assuré, la plupart des contrats étendent la garantie à ses héritiers, ceux-ci étant susceptibles d'être poursuivis en leur qualité de successeurs au passif. Le contrat RCMS sus cité prévoit ainsi une extension de la qualité d'assuré aux « *héritiers, légataires, représentants légaux et ayant cause des assurés* »³⁰. Ce contrat va même plus loin en étendant également la garantie aux conjoints, concubins, et partenaires liés par un pacte civil de solidarité aux assurés, dès lors que la réclamation en cause vise à obtenir réparation sur les biens communs ou indivis³¹.

L'ensemble de ces constatations permet de conclure que les bénéficiaires de la police d'assurance sont entendus de manière très large, sachant que l'étendue de son application doit aussi être appréciée au regard des situations concrètement garanties.

B. Une conception extensive des risques garantis

L'objet du contrat RCMS est de garantir, comme nous l'avons vu, les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile des mandataires sociaux du fait des fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions, telles que les infractions aux lois et aux règlements, la violation des statuts, les fautes de gestion et enfin l'engagement de leur responsabilité civile dans le cadre du droit des procédures collectives. Afin d'explicitier concrètement les hypothèses couvertes par les polices RCMS, sachant que celles-ci laissent une place importante à la liberté contractuelle, il convient à présent d'envisager successivement dans le cadre de quelles actions cette garantie est

³⁰ I g) du contrat Generali précité.

³¹ I f) dudit contrat.

susceptible d'être mise en œuvre (1) et concrètement quels sont les frais qu'elle entend couvrir dans le cadre d'un éventuel litige (2).

1. Les actions mettant en jeu la garantie RCMS

Traditionnellement, l'engagement de la responsabilité civile permet d'indemniser un tiers pour le préjudice qu'il a subi. Quelles sont les personnes pouvant agir contre le dirigeant en réparation du préjudice qu'elles ont subi du fait de ses agissements fautifs ?

a. Le recours des actionnaires : action individuelle et action sociale ut singuli

Les actionnaires peuvent subir un préjudice du fait de l'action du dirigeant. Les règles classiques de la responsabilité civile ont vocation à s'appliquer en la matière : dès lors que l'actionnaire a subi un préjudice direct, personnel, distinct de celui de la société, il est fondé à engager une action personnelle contre le dirigeant. Les indemnités d'assurance perçues seront alors intégrées dans leur patrimoine personnel.

Toutefois, dans de nombreux cas, le préjudice subi par les actionnaires est constitué par une baisse de valeur de leurs titres ou une occasion manquée d'augmenter le montant de leur participation. Dans un tel cas de figure, leur préjudice n'est pas distinct de celui qui a été subi par la société³². Ils ne peuvent alors agir pour leur compte propre et doivent, s'ils désirent voir engagée la responsabilité civile du ou des dirigeants fautifs, exercer une action sociale ut singuli, c'est-à-dire au nom de la société. Les indemnités visant à réparer le préjudice subi par la société, car c'est bien de ce dernier qu'il s'agit, seront inscrites à l'actif de celle-ci, les actionnaires n'en tirant alors aucun profit direct.

b. Le recours de la société : action sociale ut universi

La société peut avoir subi un préjudice du fait des agissements de l'un ou de plusieurs de ses dirigeants. Dans ce cas, ce sont ses organes qui vont engager l'action sociale ut universi en vue d'obtenir une indemnisation. Bien entendu, en pratique, dans une logique évidente de paix

³² Com. 1^{er} avril 1997.

sociale au sein de l'entreprise, cette action s'engage le plus souvent contre des dirigeants qui ont quitté la structure et qui voient leur responsabilité engagée pour des actes passés.

c. Le recours des tiers à proprement parler

Les tiers à la société qui ont subi un préjudice du fait de l'action des dirigeants peuvent évidemment agir. C'est le cas des créanciers divers (fournisseurs, clients mais aussi l'Etat).

L'ensemble de ces personnes étant susceptible d'introduire une action en responsabilité du dirigeant, il convient à présent de déterminer l'étendue des frais pris en charge par la police d'assurance RCMS.

2. L'étendue de la couverture RCMS.

En sus de la responsabilité garantie stricto sensu (a) vient s'ajouter la couverture des frais de défense (b).

a. La responsabilité garantie stricto sensu

Pour ce qui est du champ d'application matériel de la police d'assurance, la plupart des contrats indiquent couvrir la faute professionnelle ou faute de direction. Ces dernières renvoient, de manière générale, à un fait générateur né à l'occasion et du fait de l'exercice des fonctions dirigeantes, et non en dehors, dans le cadre de la vie privée du dirigeant. À titre d'exemple, nous pouvons citer la définition de la faute professionnelle figurant au contrat RCMS proposé par AIG Europe qui correspond à « *tout manquement des dirigeants de droit ou de fait aux obligations légales, réglementaires ou statutaires de dirigeants et/ou toute faute de gestion commise par imprudence, négligence, omission, erreur ou déclaration inexacte et en général tout acte fautif* ». À la lecture de cette stipulation, il est permis de déduire que les hypothèses de responsabilité évoquées supra, qu'elles soient de nature contractuelle ou délictuelle, sont couvertes par l'assurance.

Certaines polices vont même jusqu'à étendre leur application à un type de faute assez original : les fautes liées aux relations sociales dans la société. Le contrat RCMS proposé par Generali entend ainsi couvrir « *toute discrimination raciale, sociale, liée au sexe, politique ou*

religieuse, toute forme de harcèlement sexuel ou moral, toute violation du droit du travail, notamment tout licenciement abusif, entrave aux opportunités de carrière ou sanction disciplinaire abusive ». La stipulation d'une telle garantie peut choquer et alimenter le débat sur la déresponsabilisation des dirigeants que nous envisagerons infra.

Bien évidemment, l'assurance permet l'indemnisation, dès lors que le dirigeant s'est rendu responsable de tels agissements, de l'ensemble des conséquences pécuniaires du dommage subi.

b. La couverture des frais de défense

Les contrats RCMS comprennent généralement une clause dite de « défense-recours » par laquelle l'assureur s'engage à assumer la charge de la défense au procès de responsabilité civile où son assuré est défendeur. Certaines polices étendent le bénéfice de cette clause aux cas où la responsabilité pénale du dirigeant est engagée du fait d'une faute professionnelle telle que définie supra³³. Cela correspond en pratique aux cas où l'éventuelle condamnation pénale de l'assuré a une incidence sur l'étendue de la responsabilité civile encourue ou encore lorsque les victimes se sont constitué parties civiles dans le cadre du procès pénal.

Les frais de défense correspondent concrètement aux frais, honoraires et dépenses raisonnables qu'un assuré encourt pour sa défense suite à une réclamation introduite à son encontre. Ce sont par exemple les honoraires d'avocat, les frais d'enquête d'expertise, de justice ou encore d'arbitrage. Sont en revanche exclus la prise en charge de toute caution destinée à garantir soit la représentation d'un assuré soit le paiement de sommes d'argent auxquelles il pourrait être condamné, dans le cadre d'une procédure pénale.

La garantie proposée par les contrats d'assurance des dirigeants sociaux a, par conséquent, un vaste champ d'application car elle n'opère, comme nous l'avons vu, aucune distinction entre le type de responsabilité civile en cause, et couvre donc l'assuré dans ses fautes contractuelles et délictuelles, ni selon la qualité des victimes, ce qui ne peut qu'assurer à ces dernières de meilleures chances d'indemnisation. En outre, une couverture totale du litige est assurée puisque tant les indemnités que les frais engagés sont garantis. Il faut se féliciter de cet

³³ Contrats AIG Europe et Generali précités.

état de fait car l'exclusion de la responsabilité contractuelle des dirigeants sociaux, et par là même de l'action de la société et/ou de ses associés, aurait pu faire relancer le débat sur la nature de la responsabilité des dirigeants, et conduire à réduire la portée de ce contrat.

Envisageons à présent les modalités de mise en œuvre de cette garantie.

II. Une mise en œuvre de la garantie facilitée

Abordons successivement les modalités de mise en œuvre de la garantie dans l'espace (A) puis dans le temps (B).

A. Ratione tempore

Les principes généraux (1) et la particularité de la détermination de la date de prise d'effet du contrat en cas de fusion absorption, arrivant de plus en plus souvent dans la vie des sociétés, (2) seront successivement envisagés.

1. Généralités

Très logiquement, la garantie RCMS va s'appliquer aux réclamations notifiées à l'assuré pendant la période de validité du contrat et pour des faits ou omissions accomplis pendant cette même période. Notons que ce contrat d'assurance est généralement conclu à durée déterminée, de nombreux assureurs permettant son renouvellement par tacite reconduction³⁴.

En outre, conformément à la formulation traditionnelle en matière d'assurance de responsabilité civile, la garantie sera également acquise aux réclamations présentées pendant la période de validité du contrat, mais se rapportant à une date antérieure à la date d'effet de celui-ci, à la condition qu'il s'agisse de faits dont l'assuré n'avait pas connaissance au moment de la conclusion du contrat. Un minimum de bonne foi est donc attendu dans les relations précontractuelles de l'assureur, du souscripteur et du bénéficiaire de la garantie, en vertu de l'article 1134 alinéa 3 du C.Civ. selon lequel les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ».

³⁴ Generali précité.

Enfin, malgré l'expiration ou la résiliation du contrat d'assurance, l'assuré bénéficie d'une garantie pour les actes dommageables ayant eu lieu précédemment à condition que la réclamation soit présentée à l'assureur entre la date de prise d'effet de la garantie et un délai subséquent de 5 ans³⁵. Cette situation est souvent qualifiée de « garantie subséquente ».

2. Le cas particulier de la fusion absorption

Conformément aux principes généraux applicables à la fusion de sociétés, lorsque la société souscriptrice ou une filiale à laquelle le contrat RCMS a été étendu, rachète une autre entreprise et l'absorbe, la garantie s'applique à la responsabilité civile des dirigeants sociaux de l'entreprise rachetée ou absorbée pour les actes accomplis postérieurement à l'opération de fusion.

Au contraire, lorsque la cible du rachat ou de l'absorption se trouve être la société souscriptrice ou l'une de ses filiales, la garantie ne s'appliquera à la responsabilité civile des dirigeants sociaux de l'entreprise rachetée ou absorbée que pour les actes accomplis avant cette acquisition ou cette fusion.

B. Ratione loci

Les contrats RCMS étant en principe émis pour des sociétés souscriptrices exerçant leur activité sur le territoire national et dans le cadre du droit français, se pose la question de savoir, notamment lorsque le souscripteur dispose de filiales ou de prises de participation à l'étranger, quelle sera l'étendue géographique de la garantie. Cela ne concerne pas uniquement le problème de la représentation et de la défense à l'étranger des intérêts de la société souscriptrice ; il s'agit en effet surtout de savoir sur le fondement de quel droit va pouvoir être recherchée et engagée la responsabilité des dirigeants sociaux mandatés aux fins de représentation de leur société mandante. Ceci suppose que les sociétés contrôlées par la souscriptrice, leur nationalité et le droit des sociétés qui leur est applicable soient connus de l'assureur. Or, la responsabilité des dirigeants sociaux diffère selon les particularités locales et est susceptible de s'écarter, sur certains points, du droit français. Attachons nous à la situation de deux pays, les Etats Unis d'Amérique (1) et le Royaume-Uni (2), initiateurs de la police RCMS.

³⁵ Depuis la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 dite de sécurité financière, art. 80.

1. Les fondements de la responsabilité du dirigeant dans des filiales américaines

Les Etats-Unis étant une fédération d'Etats, excepté pour des matières spécifiquement visées par la constitution fédérale, chaque Etat, pleinement souverain, est libre de fixer les conditions dans lesquelles la responsabilité des dirigeants des sociétés qui y sont incorporées pourra être recherchée. Certains Etats ont même fondé leur attractivité sur un système juridique «*corporate friendly*», c'est-à-dire favorable aux sociétés, comme c'est le cas pour le Delaware. Toutefois, de grandes tendances peuvent être établies, et trois principaux fondements de responsabilité peuvent être dégagés : le «*breach of duty of care*» (a), le «*breach of duty of loyalty*» (b), et le «*breach of duty of obedience*» (c), correspondant respectivement au manquement au devoir d'attention, au devoir de loyauté et enfin au devoir d'obédience.

a. Le devoir d'attention (*duty of care*)

Les dirigeants se doivent d'agir de façon prudente et raisonnable. Ils doivent être de bonne foi et travailler au mieux des intérêts de la société en s'entourant de toutes les précautions nécessaires avant de prendre une décision, à défaut de quoi, leur responsabilité personnelle pourra être recherchée. Il en ira ainsi si le dirigeant se désintéresse des affaires sociales, ou encore s'il procède à une information insuffisante avant d'engager une opération de fusion.

b. Le devoir de loyauté (*duty of loyalty*)

Un des autres principes fondateurs de la responsabilité du dirigeant aux Etats-Unis est l'exigence de loyauté, les dirigeants devant s'abstenir d'agir dans leurs intérêts propres, ou à tout le moins, faire passer l'intérêt social avant toute chose. L'exemple typique dans le cadre duquel ils risquent d'engager leur responsabilité est celui où ils bénéficient d'un prêt consenti par la société sans le paiement d'intérêts.

c. Le devoir d'obédience (*duty of obedience*)

Enfin, tout comme en droit français, le droit américain impose au dirigeant de se conformer à la loi et aux statuts ; tout agissement contraire pouvant ainsi mettre en jeu leur responsabilité personnelle.

L'engagement de la responsabilité des dirigeants américains, outre la largesse de ces cas d'ouverture, se voit procéduralement facilitée par la possibilité d'introduire une *class action*, par laquelle les petits actionnaires, dont l'action individuelle n'aurait pas été envisageable en raison de la faiblesse de leur préjudice individuel, s'unissent en vue de faire valoir leurs droits.

L'extension du contrat RCMS à ces dirigeants de filiales américaines révèle à la suite de ce qui vient d'être exposé, tout son intérêt. En effet, le dirigeant encourant dans ce pays des risques assez proches de ceux du dirigeant français, une telle extension peut s'avérer utile, bien que les assureurs réservent le plus souvent leur accord et ne se prononcent qu'après une étude au cas par cas de la situation du souscripteur, comme nous le verrons infra.

2. Les fondements de la responsabilité du dirigeant au Royaume-Uni

En Grande-Bretagne, les dirigeants sociaux sont, pour ce qui a trait à leur responsabilité, dans une situation assez proche du *trustee* des biens de la société. Le *trust* se définit traditionnellement comme un acte entre vifs ou testamentaire par lequel une personne (*the settler*) transfère un bien à une autre (*the trustee*) afin que cette dernière en assure l'administration et la disposition d'une manière déterminée en faveur d'un ou de plusieurs tiers. En vue de remplir la mission qui est la sienne, le *trustee* se voit reconnaître les pouvoirs les plus larges d'administration et de disposition. En contrepartie, il doit s'acquitter de ses obligations en homme avisé (standard du *reasonable man*) et diligent.

Tout comme le *trustee*, les dirigeants sociaux britanniques sont responsables de leurs actes de gestion devant les associés ou les tiers, sur le fondement de deux grandes obligations. D'une part, les dirigeants, du fait de leur fonction, doivent respecter un devoir de loyauté (*fiduciary duty*), leur imposant de ne pas agir en dehors des statuts ou des pouvoirs qui leur ont été conférés. La seule preuve du manquement à ce devoir suffit à engager automatiquement leur responsabilité. D'autre part, le dirigeant social anglais se doit également de remplir un devoir de bonne gestion (*duty of skill and care*), c'est-à-dire de mener une gestion en homme raisonnable et avisé. Par ailleurs, de nombreuses obligations, imposées par le législateur britannique, sont venues progressivement compléter ces obligations générales de Common Law. A titre d'exemple, nous pouvons citer le « Companies Act » de 1985 traitant de l'usage d'informations privilégiées et des conflits d'intérêts, ou « l'Insolvency Act » de 1986 relatif aux procédures collectives.

Il est important pour la compagnie d'assurance d'avoir connaissance de ces fondements de responsabilité avant d'accorder une couverture de la responsabilité du dirigeant envoyé par la souscriptrice gérer une de ses filiales britanniques. Cette situation est fréquente et les assureurs acceptent généralement d'accorder leur garantie dans une telle hypothèse, à tout le moins bien plus facilement qu'en faveur des dirigeants de filiales américaines. Ceci s'explique principalement par le fait que c'est aux Etats-Unis que le dirigeant court le plus de risques de voir sa responsabilité mise en cause souvent, du fait des spécificités des législations locales, dans des cas, qui, dans d'autres pays, relèveraient de la responsabilité de la seule société.

C'est donc afin de couvrir ces diverses hypothèses dans lesquelles la responsabilité du dirigeant peut aisément être mise en cause que les compagnies anglo-américaines, ont rapidement mis en place une police d'assurance visant à couvrir ces risques.

Au terme de cette première partie, il apparaît clairement que la police d'assurance RCMS vise un large public d'assurés (dirigeants de fait, de droit, mandataires sociaux et même salariés) et a vocation à couvrir le plus grand nombre possible de situations engageant la responsabilité du dirigeant. En outre, la facilité de mise en œuvre de la garantie tant temporellement que matériellement sont des arguments de poids, venant attester de l'efficacité de la garantie RCMS.

Toutefois, au vu de l'ensemble de ces constatations, et bien que la problématique des conflits d'intérêts ait pu être écartée, on pourrait être tenté de penser que cette police œuvre dans le sens d'un allègement de la responsabilité du dirigeant, tout étant mis en œuvre pour faciliter la prise en compte du dommage par la collectivité des assurés. Il n'en reste pas moins que la pratique de l'assurance, seule à même de nous renseigner en l'absence de dispositions législatives ou encore de jurisprudence en la matière, révèle un refus certain d'une assurance illimitée du dirigeant, de nombreux risques restant expressément exclus de toute garantie, et la problématique de la déresponsabilisation du dirigeant demeurant présente, à l'image d'une toile de fond, comme s'efforcera de le démontrer cette seconde partie.

PARTIE 2 : LE REFUS D'UNE ASSURANCE ILLIMITEE DU DIRIGEANT

Dès son lancement dans les années 80, bien que le contrat RCMS ait suscité des questionnements et des craintes plus ou moins justifiées, il semble clair que des limites ont été opposées aux souscripteurs, les assureurs refusant ainsi une assurance illimitée des dirigeants sociaux. Des exclusions matérielles variées ont ainsi été imposées par la loi ou stipulées aux contrats, comme nous l'analyserons dans une première section. Cet état de fait peut notamment se justifier par l'existence de limites philosophiques, ou encore de politique juridique s'inscrivant dans le débat ancien, restant néanmoins d'actualité, de la déresponsabilisation des dirigeants, qui seront exposées dans une seconde section.

Section 1 : L'existence de limites matérielles

Tout d'abord, il apparaît que souscrire un contrat RCMS est soumis à des contraintes économiques nombreuses telles qu'une analyse poussée des risques encourus par l'entreprise engendrant un coût à ne pas négliger (I). Malgré cela, il reste des cas où le dirigeant n'est pas couvert (II). Enfin, le traitement fiscal des conséquences afférentes à la souscription de ce contrat demeure complexe (III).

I. Les contraintes économiques liées à la souscription du contrat d'assurance

Elles sont de deux ordres : d'une part, l'analyse poussée des risques dictant le coût de l'assurance, ce dernier pouvant constituer un frein à la souscription (A) et d'autre part, la participation financière des assurés qui reste requise via le mécanisme de franchise (B).

A. L'évaluation des risques, déterminante du coût de la souscription

Afin de pouvoir souscrire un contrat RCMS, les sociétés sont dans l'obligation de fournir un descriptif de leur situation financière, de leur gestion, et plus largement des risques qu'elles

encourent (1). C'est ensuite au vu de cette déclaration que la compagnie d'assurance acceptera ou non, le cas échéant à quelle hauteur, de garantir les fonctions dirigeantes et qu'elle déterminera le coût de ce service rendu à la société souscriptrice (2).

1. L'analyse des risques

Cette analyse des risques va se diviser en un examen de la situation financière du souscripteur (a), comme dans la plupart des contrats d'assurance où la compagnie s'assure des capacités et des risques encourus par son contractant potentiel, et en une étude approfondie de la gestion passée et envisagée pour le futur de cette société souscriptrice (b). Cette dernière a d'ailleurs une obligation de transparence au moment de la conclusion du contrat qui va se poursuivre lors de son exécution (c).

a. L'examen de la situation financière

Très classiquement, cet examen va prendre la forme d'une analyse approfondie des états financiers de la structure que la compagnie d'assurance envisage de garantir. Afin d'être complète et de donner des informations significatives, cette analyse passe par une étude des bilans et compte de résultats sur les deux ou trois dernières années, afin de pouvoir établir des points de comparaison. Des ratios comptables et financiers seront ainsi calculés en fonction du contexte économique dans lequel évolue la société. Les assureurs s'attachent ainsi, entre autres, au ratio de liquidité immédiat, entendu comme la capacité de remboursement immédiat des dettes à court terme en mobilisant uniquement ses liquidités, à la rentabilité des capitaux investis, aussi dénommé "Return on Assets" ou encore "ROA". Ce dernier indicateur se calcule en divisant le bénéfice avant intérêts des emprunts et après impôt par la somme des capitaux propres et des dettes financières (autrement dit la somme des passifs de "haut de bilan") et exprime la capacité des capitaux investis à créer un certain niveau de bénéfice avant endettement. Les assureurs tiennent enfin compte de la marge commerciale nette, définie comme étant le rapport de la marge commerciale, c'est-à-dire de la différence entre le montant des ventes de marchandises et leur coût d'achat, rapportée au chiffre d'affaires hors taxes. La cotation en Bourse de la société, qu'elle ait eu lieu ou soit simplement envisagée, devra également être prise en compte, car elle peut augmenter les risques encourus, notamment du fait de la possible médiatisation des dirigeants et du développement croissant de la réglementation boursière.

b. L'étude de la gestion de la société souscriptrice

L'analyse de la gestion de la société souscriptrice passe par un examen de la structure et des méthodes de gestion mais aussi d'une analyse de la répartition des pouvoirs entre les associés, de la diversité des activités et des marchés couverts, de ses relations commerciales, tant en amont avec ses fournisseurs, qu'en aval avec sa clientèle. A ce stade, l'étude du positionnement de la société par rapport à ses concurrents, notamment au regard de ses parts de marché, est primordiale, pour déterminer l'étendue des risques encourus. Enfin, les mesures essentielles qui ont été prises durant les dernières années précédant la souscription de la police doivent être communiquées. Entrent dans cette catégorie : la diversification de l'activité lorsque l'entreprise s'attaque à de nouveaux marchés, la décentralisation, la délocalisation, les acquisitions ou encore les restructurations. Le fait que ces mesures soient envisagées dans un futur plus ou moins proche doit de même être déclaré.

Notons que cette analyse doit se poursuivre tout au long de la vie de la convention, certaines compagnies d'assurance l'élevant au rang de condition sine qua non du renouvellement du contrat, souscrit dans ce cas pour une durée ferme sans tacite reconduction.

c. L'obligation de transparence de la société souscriptrice

Afin de souscrire une assurance RCMS, la société est dans l'obligation de remplir un questionnaire (dont un exemple est fourni en annexe) reprenant globalement les informations précitées et qui viendra compléter la communication à l'assureur de certains documents internes, notamment financiers.

A titre d'exemple, nous pouvons envisager le cas de la police RCMS proposée par Generali. Dans l'article 2 de ses conditions générales, cet assureur pose une obligation de déclaration du risque et de ses éventuelles modifications. Il rappelle ainsi que conformément à l'article L.113-2 2° du Code des Assurances, le souscripteur doit répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque, rempli lors de la conclusion du contrat. Il ajoute en outre qu'en vertu de l'article L.113-2-3° du Code des Assurances, le souscripteur doit également informer son assureur, dans le cadre de l'exécution du contrat, par lettre recommandée, dans un délai de quinze jours à compter de leur connaissance, des circonstances nouvelles ayant pour conséquence d'aggraver les risques déclarés, d'en créer

de nouveaux, rendant ainsi inexacts ou caduques les déclarations faites lors de la souscription. Cette obligation de bonne foi tout au long du processus contractuel est requise à peine de déchéance du contrat.

Au vu de l'analyse des divers points qui viennent d'être envisagés, l'assureur va apprécier les risques encourus et déterminer à hauteur de quel montant il octroie une garantie ainsi que le coût total de l'assurance.

2. La détermination du montant de la garantie et du coût de l'assurance

Preuve de la prise en compte des caractéristiques propres à chaque souscripteur, le montant des garanties peut être distingué suivant la taille des structures en cause selon qu'il s'agisse de petites et moyennes entreprises et industries (PME - PMI) ou de grandes entreprises. Ainsi, en moyenne, les montants des garanties sont vont de 750000 à 1 500 000 euros pour des petites entreprises, de 1 500 000 à 7 500 000 d'euros et de 7 500 000 à 15 000 000 (voire 20 000 000) d'euros pour les entreprises plus importantes³⁶. La détermination des montants exacts revient à chaque assureur qui va apprécier discrétionnairement, au cas par cas, les risques encourus par son cocontractant potentiel.

En contrepartie de cette garantie, les sociétés souscriptrices devront verser une cotisation, pouvant encore être qualifiée de prime d'assurance, généralement réglée annuellement ou semestriellement.

B. Le mécanisme de franchise

Certains contrats ne garantissent ces montants que sous déduction d'une franchise, exprimées en pourcentage de garantie ou forfaitaires (un taux compris entre 0,5 et 1% du montant de la garantie est courant), applicable par sinistre. En pratique, celle-ci devra être supportée par les dirigeants sociaux.

³⁶ Lamy droit des assurances, éd. 2007, n°2435

Son montant va varier en fonction de l'importance du bilan, de l'activité exercée, de l'environnement et des ramifications de la société, des montants garantis. En moyenne, les chiffres sont de 3800 à 7600 euros minimum de franchise pratiquée à l'égard des PME-PMI contre des franchises allant de 38000 à 76000 voire 150000 euros dans certains cas requis des dirigeants de grands groupes de sociétés³⁷. Un taux de 0,5% à 1% du montant de la garantie est donc courant.

Il convient de relativiser l'importance des chiffres qui viennent d'être communiqués ; en effet, ceux-ci ne restent qu'une moyenne, chaque compagnie ayant sa propre façon de tarifier le risque, cette évaluation étant très logiquement d'autant moins élevée si certains faits générateurs de responsabilité sont expressément exclus du bénéfice de la garantie.

II. Les faits générateurs de responsabilité non couverts par la garantie

Le contrat RCMS est une convention dite « tous risques sauf ». Elle offre ainsi une meilleure protection juridique à l'assuré puisque tout ce qui n'est pas expressément exclu est couvert, mais elle oblige un examen approfondi et fastidieux des exclusions. Au sein de ces dernières, une distinction doit être faite entre deux notions doctrinalement distinctes que sont l'impossibilité d'assurance faute d'aléa, aussi qualifiée d'exclusion légale de la garantie RCMS (A), et le refus conventionnel de couverture de certaines activités (B).

A. La faute intentionnelle, privant le contrat d'assurance d'aléa (exclusion légale)

Il est de l'essence de tout contrat d'assurance que le risque assuré soit un événement aléatoire. Ainsi, en vertu de l'article L.113-1 du Code des assurances, « *l'assureur ne répond pas des pertes et des dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* ». Il est donc nécessaire que la réalisation du risque volontaire par le bénéficiaire de la police soit exclue du champ de la garantie. Distinguons selon que la responsabilité du dirigeant est autonome (1), ou au contraire, liée à une responsabilité pénale (2).

³⁷ Lamy droit des assurances op. cit.

1. La Faute intentionnelle engendrant uniquement une responsabilité civile

Comme nous l'avons souligné, l'article L.113-1 du Code des assurances exclut la garantie des dommages « *provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive* ». Pour certains auteurs, comme Y. Lambert Faivre et L. Leveneur, l'intention ne s'applique pas à la faute (fait générateur) mais au dommage qui en est l'objet ; l'expression dommage intentionnel serait donc plus exacte que la formule employée par le législateur.

Cette nuance s'explique par le fait que la faute inassurable suppose en effet, selon la jurisprudence actuelle, la réunion de deux éléments cumulatifs : d'une part, un fait volontairement commis, c'est-à-dire une faute commise avec intention, et d'autre part, un dommage qui aurait été recherché par son auteur. Le caractère volontaire de la réalisation de la seule faute ne suffit donc pas à donner à cette dernière le caractère de faute intentionnelle au sens de l'article sus cité. Cette faute n'est alors pas établie lorsque le dommage réalisé n'est pas celui qui était envisagé par son auteur, elle ne l'est que si ce dernier est animé d'une intention de nuire. Cependant, entre ces deux comportements, il reste une vaste zone grise correspondant à la situation dans laquelle le dommage a été envisagé (l'auteur a conscience des conséquences dommageables possibles) mais sans que cela constitue le but de la commission de la faute. Dans ce dernier cas, la qualification s'avère délicate car « *une chose est la conscience des conséquences possibles de la faute, autre est la volonté de les provoquer ; la ligne de démarcation entre les deux est souvent difficile à tracer* »³⁸.

Les incertitudes qui affectent la définition de la faute intentionnelle du dirigeant, non assurable, vont bien évidemment avoir des répercussions sur la portée de l'assurance RCMS. Ainsi, P. G. Marly s'est demandé si la récente définition de la faute détachable des fonctions du dirigeant engageant la responsabilité civile personnelle de ce dernier, en exigeant la caractérisation de l'intention du dirigeant, ne mettait pas à mal cette police d'assurance³⁹. En effet, l'arrêt rendu le 20 mai 2003 par la chambre commerciale de la Cour de cassation semble, de prime abord, sonner le glas de l'assurabilité de la faute détachable des fonctions du dirigeant, engageant sa responsabilité civile à l'égard des tiers en posant le principe selon lequel « *il en est*

³⁸ J. Kullmann, Lamy droit des assurances 2003 n°1210.

³⁹ P. G. Marly, « La faute dans l'assurance de responsabilité des dirigeants », *JCP éd. Entreprises*, n°12, 23 mars 2006, p. 568 étude 1490.

ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales ». Reprenant le principe posé dans l'arrêt Lepoivre sus cité⁴⁰, à savoir l'exigence de séparabilité de la faute, l'arrêt de 2003 vient développer ce domaine là où les difficultés pratiques de la reconnaissance, depuis 1988, d'une quelconque séparabilité de la faute du dirigeant par rapport à ses fonctions, du fait de la conception restrictive adoptée par la jurisprudence avaient, de facto, conduit à une irresponsabilité du dirigeant à l'égard des tiers. La Cour de cassation faisait en effet par le passé une appréciation très restrictive de la faute séparable des fonctions, refusant de la reconnaître dans une affaire où le dirigeant avait menti dans l'exercice de ses fonctions en affirmant que sa société était bien propriétaire de marchandises alors couvertes par une clause de réserve de propriété⁴¹ ; elle avait même cantonné, dans son rapport de 1998, la faute séparable des fonctions aux « seules fautes commises pour des mobiles personnels (recherche de son intérêt propre, animosité, vengeance) ou peut-être encore d'une gravité exceptionnelle excluant l'exercice normal des fonctions ». Comme cela a été développé en Doctrine, notamment par H. Le Nabasque, deux lectures peuvent être faites de l'arrêt du 20 mai 2003⁴² : soit l'on considère que la Haute Juridiction a entendu adopter une vision restrictive de la notion de faute détachable des fonctions, avec une exigence systématique de l'intention de réaliser la faute, soit, et c'est la position de cet auteur, l'on retient que le principe posé s'analyse en une simple illustration d'un type de faute séparable des fonctions du dirigeant, qui laisserait ainsi une place à l'octroi d'une telle qualification à la faute de négligence ou encore à l'imprudence. Au contraire, selon B. Dondéro⁴³, cet arrêt traduit désormais l'exigence systématique de la réunion d'un triptyque permettant de qualifier la faute séparable des fonctions : une faute commise intentionnellement par le dirigeant, d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice des fonctions sociales. La formule ayant été réitérée dans de nombreux arrêts rendus par la chambre commerciale⁴⁴, et la chambre civile s'étant également ralliée à ce raisonnement⁴⁵, il semblerait que cette dernière analyse doive être retenue et que l'intention soit réellement devenue un critère de la faute séparable des fonctions du dirigeant. Cette faute, intentionnellement réalisée, doit-elle alors être exclue du champ de la garantie RCMS ? Un argument de poids permet cependant de moduler l'équation selon laquelle la faute détachable des fonctions requiert un acte intentionnel rendant inassurable le dommage subséquent : il s'agit de la conception de la faute intentionnelle en droit

⁴⁰ Com. 4 octobre 1988

⁴¹ Com. 28 avril 1998.

⁴² H. Le Nabasque, op. cit.

⁴³ B. Dondéro, op. cit.

⁴⁴ Com. 7 juillet 2004, 13 décembre 2005 et 4 juillet 2006.

⁴⁵ Civ. 1^{ère}, 16 novembre 2004

des assurances. Comme nous l'avons exposé, outre le caractère intentionnel de la faute en elle-même, le droit des assurances requiert, pour qu'il y ait inassurabilité, qu'il y ait également eu une intention de causer le dommage. Cela semble être la position de la Cour de cassation qui, dans un arrêt de rejet rendu par sa deuxième chambre civile le 18 mars 2004, a décidé que l'appréciation par les juges du fond du caractère intentionnel d'une faute implique, au sens de l'article L.113-1 du Code des Assurances sus cité, la volonté de son auteur de créer le dommage tel qu'il est survenu⁴⁶.

De ce fait, plutôt que d'établir un constat alarmiste, on assiste, au final, au développement de la faute détachable, sans pour autant engendrer un déclin de l'assurance RCMS puisque l'intention exigée en droit des sociétés ne concerne que la faute du dirigeant et non le dommage subséquent. Aussi, l'assurance semble-t-elle pouvoir être appliquée à la faute séparable des fonctions du dirigeant, telle qu'elle est actuellement conçue par les chambres civiles et commerciales de la Cour de cassation, développant ainsi, in fine, une meilleure indemnisation des victimes.

En revanche, il reste indéniable que ces incertitudes entachent quelque peu la prévisibilité de la garantie et donc sécurité juridique de la transaction conclue entre la compagnie d'assurance et le souscripteur. A nouveau, la prudence pourrait inciter les parties à définir au contrat ce qu'il convient de retenir comme étant une faute intentionnelle non assurable, afin de sécuriser leurs relations contractuelles. Mais les compagnies restent encore peu enclines à ce type de pratique.

2. La responsabilité civile associée à une responsabilité pénale

Conformément aux principes traditionnels du droit de l'assurance, la responsabilité pénale présente un caractère non assurable, alors même que les risques encourus par le dirigeant y sont plus importants qu'au civil. Les condamnations pécuniaires issues d'infractions pénales commises par l'assuré lui-même ne peuvent donc entrer dans le champ d'une garantie, quelle qu'elle soit et donc a fortiori dans la police RCMS. Par ailleurs, cette inassurabilité ne se limite pas aux seules amendes pénales stricto sensu, puisqu'elle s'étend aux sanctions pouvant être qualifiées d'extra pénales, telles que les amendes fiscales, douanières ainsi que les sanctions pécuniaires prononcées par les autorités administratives. Le but de cette prohibition de

⁴⁶ Civ. 2^{ème}, 18 mars 2004.

l'assurance de la responsabilité pénale s'explique par la volonté de ne pas affaiblir la répression étatique des comportements illicites.

En revanche, ne tombent pas sous le coup de cette prohibition les polices d'assurance visant à garantir la responsabilité civile liée à une infraction pénale. Ce n'est plus alors de l'assurance de condamnations pécuniaires pénales qu'il s'agit mais de celles des conséquences civiles d'un fait constitutif d'une infraction pénale. Il n'y aurait donc, comme nous l'avons vu précédemment en (1), que lorsque l'infraction, constatée en justice, suppose légalement la preuve d'une intention de causer le dommage, que son existence conduirait à retenir automatiquement une faute intentionnelle au sens de l'article L.113-1 du Code des Assurances, dont les conséquences dommageables ne pourraient être couvertes par l'assurance de responsabilité. Dans tous les autres cas, la prohibition d'assurer serait conditionnée à la constatation préalable par le juge pénal ou civil, lorsque celui-ci est saisi des intérêts civils, de l'intention de causer le dommage.

Toutefois, cette conclusion, si elle s'inscrit dans le droit fil des jurisprudences élaborées par les chambres civiles et commerciales, n'est pas en conformité avec les principes posés par la chambre criminelle de la Cour de cassation⁴⁷, laquelle semble retenir que du fait de l'autorité du pénal sur le civil, les dommages résultant d'une infraction intentionnelle sont nécessairement placés hors du champ de l'assurance, quel que soit le but concrètement poursuivi par l'auteur de l'infraction.

Ce constat a même conduit le professeur Freyria à se demander, dès 1995, si le maintien de cette position par la chambre criminelle ne risque pas de faire disparaître l'objet même et de ce fait l'utilité de l'assurance RCMS⁴⁸. Toutefois, aucune évolution tendant à une unification des diverses chambres de la Cour de cassation ne semble se profiler à l'horizon...

B. Les exclusions conventionnelles

⁴⁷ Cass. crim. 6 juin 1990 confirmé par Cass. crim. 8 août 1990.

⁴⁸ C. Freyria, op. cit.

Ces exclusions peuvent concerner certaines opérations accomplies par les dirigeants (1), mais aussi certains secteurs d'activité, pris dans leur intégralité (2).

1. Les opérations exclues

Sous l'intitulé « exclusions », les polices d'assurance énoncent une nomenclature d'actes dommageables non couverts, suivant une méthode d'énumération copieuse rendue nécessaire par la rareté de l'intervention législative en la matière. Examinons les exclusions principales.

L'exclusion légale relative aux fautes intentionnelles peut se doubler d'une exclusion conventionnelle visant les pénalités, amendes et astreintes dont peuvent être redevables les dirigeants sociaux que ce soit au pénal, en matière fiscale ou encore sociale.

En outre, le contrat RCMS ne couvre généralement pas les dommages matériels et corporels, entrant dans la majeure partie des cas dans le contrat de responsabilité civile souscrit par l'entreprise.

Il en va de même pour les actions relatives à la réalisation par le dirigeant de profits personnels via des agissements dommageables, tels que des détournements d'actif, abus de biens sociaux et actes en rapport avec celui-ci qui sont souvent exclus contractuellement, cette question pouvant en outre se rattacher à la problématique de la prévention des conflits d'intérêts dans la société. En revanche, les frais de défense afférents à la responsabilité encourue dans le cadre de ces deux dernières exclusions restent couverts, comme nous avons pu l'énoncer précédemment.

Bien évidemment, les réclamations des assurés résultant d'une fraude ou d'une collusion entre eux restent exclues.

Enfin, le « risque américain », entendu par les praticiens comme le risque que le dirigeant d'une société française cotée aux Etats-Unis soit mis en cause pour non respect de la réglementation locale, reste considéré comme un risque spécifique par les compagnies, ce qui explique qu'il n'entre pas dans la couverture de base telle qu'elle a pu être présentée, mais fasse l'objet de négociations ad hoc.

S'ajoutant aux exclusions ponctuelles, analysons les exclusions sectorielles.

2. Les secteurs d'activité exclus

En règle générale, certaines structures se voient généralement refuser le bénéfice de la police RCMS, il s'agit principalement : des sociétés créées depuis moins de deux ans, des administrations et établissements parapublics et des sociétés en difficulté chronique.

Des secteurs d'activité sont mêmes exclus, dans leur intégralité, du bénéfice de cette police d'assurance par la pratique des compagnies, il en va ainsi : des fabricants de tabac, ce qui peut s'expliquer aisément du fait des risques potentiels de poursuites judiciaires liées aux dommages causés par la consommation de ce produit, les entreprises dont l'activité a trait aux jeux d'argent et au casino, les commissaires-priseurs, les services gouvernementaux... Le risque environnemental n'est généralement pas couvert certainement en raison des difficultés actuelles tendant à la prévision de son étendue.

D'autres secteurs sont en principe exclus, mais peuvent être couverts si après une étude spécifique, les compagnies d'assurance acceptent de garantir les risques inhérents aux fonctions de dirigeants dans ces domaines d'activité. A titre d'exemple, il est possible de citer les fournisseurs d'eau, de gaz et d'électricité, les entreprises des secteurs bancaires et de l'assurance, les sociétés exerçant dans le domaine de l'informatique, de la télécommunication et des médias et enfin les entreprises de gestion immobilière.

III. Le traitement fiscal du contrat Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux

L'analyse de la mise en œuvre du contrat d'assurance RCMS ne va pas sans une explication du volet fiscal qui l'accompagne nécessairement : après avoir explicité les difficultés qui se posent en la matière (A), nous envisagerons les solutions proposées par l'administration fiscale tant au regard de la prime (B) que de l'indemnité d'assurance (C).

A. Les données du problème

Comme nous l'avons précédemment évoqué, l'assurance RCMS étant une assurance pour compte, la prime, ou cotisation, est payée par la personne morale bien que l'indemnité soit versée par l'assureur au profit du dirigeant déclaré responsable. Dans les deux cas, il existe un déplacement de valeur correspondant à une charge comptable pour la société qui supporte la

prime et à la création d'un revenu pour l'assuré qui bénéficie de l'indemnité versée par l'assureur. Au fur et à mesure de l'expansion du contrat RCMS se sont posées les questions de la déduction fiscale des primes et d'une éventuelle imposition de l'indemnité si bien que le Comité Fiscal de la Mission d'Organisation Administrative (CFMOA) a saisi l'Administration fiscale sur ce point. Il conviendra donc d'analyser successivement les réponses données quant au traitement fiscal de la prime d'assurance et de l'indemnité perçue par le dirigeant, lorsque sa responsabilité civile est engagée.

B. Le traitement fiscal de la prime.

Il convient de différencier le traitement fiscal de la prime au regard du souscripteur de l'assurance (1), et de l'assuré (2).

1. Au regard du souscripteur du contrat RCMS

Selon l'Administration fiscale, le régime de la prime, qui se limite déjà à la couverture du risque de condamnations non pénales auxquelles sont exposés, à titre professionnel, les mandataires sociaux, doit être apprécié, en affinant le type de prime au regard de la portée précise de la garantie dont bénéficie le dirigeant. Ainsi, une distinction va être opérée entre l'hypothèse où la garantie couvre les agissements du dirigeant étrangers à l'intérêt de la société (a) et le cas où la garantie se limite à la couverture des actes accomplis par le dirigeant dans le cadre de ses fonctions sociales (b).

a. Prime versée pour couvrir les comportements étrangers à l'intérêt social

Lorsque la garantie s'inscrit dans le cadre d'un comportement étranger à l'intérêt social, dans lequel le dirigeant a favorisé ses intérêts personnels, l'Administration se refuse à analyser la prime payée comme une dépense fiscalement déductible. Son traitement fiscal doit donc se différencier de son traitement comptable et il conviendra donc de réintégrer cette dépense dans le résultat imposable de la personne ayant supporté la charge en cause.

b. Prime versée pour garantir les seuls actes accomplis dans l'exercice des fonctions sociales

Au contraire, lorsque la prime est versée afin d'obtenir une garantie qui reste limitée aux fautes commises dans l'exercice des fonctions, à l'exclusion des actes contraires à l'intérêt de l'entreprise, cette dépense peut alors être qualifiée de dépense déductible du résultat imposable.

Toutefois, il convient de relever que si la prime est supportée par le dirigeant lui-même, ce qui peut arriver dans de rares cas, celui-ci devra pour déduire la totalité de la prime, déduire l'ensemble de ses frais professionnels en application de la méthode dite des frais réels. En effet, la déduction de la prime ne peut être cumulée avec la déduction forfaitaire des frais professionnels (10% des dépenses professionnelles pour 2007). La déduction de la prime n'est avantageuse que dès lors que la déduction via l'adoption de la méthode des frais réels est supérieure au forfait.

2. Au regard de l'assuré, bénéficiaire final de l'assurance RCMS

Quand la société prend en charge la prime d'assurance, l'Administration analyse celle-ci comme un avantage en argent qui doit suivre le même régime qu'un complément de salaire. En outre, lorsque le bénéficiaire est un dirigeant de société anonyme, il doit être tenu compte de cet élément pour le calcul de la rémunération globale à faire figurer dans le rapport de gestion (L.225-102-1 al 1 C.com.)

C. Le traitement fiscal de l'indemnité d'assurance

L'objet principal de la réunion du CFMOA était justement d'obtenir une position de l'administration fiscale sur le point de savoir si, en cas de sinistre, l'indemnité perçue par le mandataire social, en vue de faire face à sa condamnation pouvait être imposable, sachant que logiquement cette solution allait être étendue aux dirigeants sociaux, pris au sens large, bénéficiant du contrat RCMS. L'administration pose un principe de tolérance, assorti d'une exception.

1. Le principe : l'absence d'imposition

L'administration fiscale considère que l'indemnité versée en exécution du contrat d'assurance RCMS n'a pas, en tant que telle, le caractère d'un revenu imposable. Il s'agit là

d'une tolérance importante de l'administration fiscale, l'indemnité venant augmenter l'actif du dirigeant. Cette position s'explique sans doute par la volonté de l'administration de ne pas mettre à mal ce système d'assurance, très favorable aux victimes, pour des raisons uniquement fiscales.

2. L'exception en cas de déduction du passif social mis a la charge du dirigeant

Toutefois, la largesse concédée par l'administration fiscale présente une limite : le montant de l'indemnité doit être pris en compte pour limiter la déduction fiscale des sommes supportées à titre définitif par le dirigeant, lorsque l'indemnité correspond au remboursement, ou à la prise en charge de sommes, déductibles ou déjà déduites, de l'impôt sur le revenu supporté par ledit dirigeant.

Par conséquent, le droit à déduction des sommes versées par un dirigeant en paiement des dettes sociales n'est pas contesté dans deux hypothèses.

D'une part, si l'indemnité est versée par la société d'assurance l'année même où le dirigeant a désintéressé les créanciers sociaux, la somme déboursée par le dirigeant, nette de l'indemnité litigieuse, reste déductible de son impôt sur le revenu au titre des frais professionnels. Il en va bien entendu de même si l'indemnité est versée directement aux victimes par la compagnie d'assurance, agissant en l'acquit du dirigeant ; dans cette hypothèse, ce dernier ne pourra alors déduire, toujours au titre des frais professionnels, que le solde restant à sa charge.

D'autre part, dans le cas contraire où l'indemnité est alors versée au dirigeant l'année suivant celle où il a désintéressé les créanciers sociaux et défalqué les sommes correspondantes de son revenu imposable, l'indemnité doit alors être analysée comme le remboursement de frais professionnels antérieurement déduits. Dans cette hypothèse, cette indemnité constitue alors, par symétrie, un revenu imposable au titre de l'année de son encaissement.

Le fait que la pratique ait posé des limites à l'application de la police RCMS prenant principalement la forme d'une analyse préalable poussée et exigeante et d'une exclusion de certains risques, voire de secteurs d'activité dans leur ensemble atteste bien du refus d'une garantie sans borne donnée au dirigeant.

Cela s'explique par le fait qu'en filigrane, le débat relatif au risque de déresponsabilisation du dirigeant reste présent. Cette problématique irrigue le droit des sociétés et plus largement, touche l'opinion publique, alertée par des scandales financiers internationaux, tels que celui qui a touché ENRON aux Etats-Unis. Attachons nous donc à la conciliation qui est opérée en pratique entre la police d'assurance RCMS et le risque de déresponsabilisation du dirigeant.

Section 2 : Assurance responsabilité civile et risque de déresponsabilisation du dirigeant

Le développement de l'assurance ayant entraîné un déclin certain de la fonction de peine privée initialement reconnue à la responsabilité civile (I), certains députés, au lendemain des affaires ENRON et WORLDCOM, ont voulu interdire purement et simplement le contrat d'assurance RCMS qu'ils voyaient comme un moyen pour le dirigeant de soustraire à toute mise en jeu de sa responsabilité personnelle (II). Cette proposition de loi n'a pas abouti, certainement parce que, outre la qualité de l'indemnisation réalisée au moyen de l'assurance, ce contrat reste balisé par certains « garde-fous » qui attestent du refus d'une assurance illimitée du dirigeant, supportant tout de même une part de responsabilité indéniable (III).

I. L'assurance et le déclin de la responsabilité civile comme peine privée

Le développement de l'assurance présente des avantages considérables ; il a permis le développement de régimes spéciaux de responsabilité comme la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la route⁴⁹ ou encore la loi du 19 mai 1998 sur les produits défectueux⁵⁰, reposant sur une objectivisation de l'engagement de la responsabilité et assurant ainsi une indemnisation quasi automatique aux victimes ayant subi un dommage. En outre, ces dernières ne se heurtent plus au risque d'insolvabilité du responsable puisque l'indemnisation repose sur la collectivité des assurés, ce qui leur garantit un préjudice effectivement réparé dans sa totalité.

Toutefois, c'est ce même transfert du poids de la responsabilité sur la collectivité des assurés qui a eu pour effet d'émousser la portée sanctionnatrice de la condamnation civile. La personne pouvant être tenue pour responsable peut ainsi, du fait de l'existence de l'assurance, avoir tendance à minimiser sa part de responsabilité et donc à agir d'une façon qui n'aurait peut-être pas été la sienne en l'absence de garantie. En outre, le caractère en principe dissuasif de la condamnation, devant servir d'exemple pour la collectivité, ne semble plus jouer du fait de

⁴⁹ Loi 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, aussi appelée loi Badinter.

⁵⁰ Loi 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

l'existence de l'assurance, la charge pécuniaire n'étant plus supportée, dans son intégralité, par la personne déclarée responsable. Enfin, la victime voit certes son préjudice réparé mais la condamnation n'étant pas supportée directement par le déclaré responsable, par la personne qu'elle assimile directement à la réalisation de son dommage, elle peut avoir le sentiment que cette dernière se tire d'affaire avec une certaine facilité, voire impunité. Il y a donc une incidence négative du phénomène d'assurance sur la fonction coercitive de la responsabilité⁵¹, ce constat pouvant être établi d'une manière générale, non limitée au seul cas de la responsabilité civile du dirigeant social.

Ce constat explique que des députés aient proposé une loi visant à supprimer purement et simplement le contrat RCMS.

II. La suppression du contrat RCMS renfermée dans la proposition Caresche.

Cette proposition de loi, en date du 17 décembre 2003⁵², a été présentée à l'Assemblée Nationale à la suite des événements ayant troublé le monde des affaires et le droit des sociétés qu'ont été les affaires Enron et Worldcom aux Etats-Unis d'Amérique, sur la base des travaux de la Mission d'information sur la réforme du droit des sociétés présidée par Pascal Clément (A). Son contenu visait à responsabiliser le dirigeant et contenait entre autres mesures, la suppression de la possibilité de souscrire une police RCMS (B). Le législateur n'a toutefois pas donné de suites à cette proposition (C).

A. Le contexte de la proposition Caresche

Dénonçant la crise de confiance provoquée par la faillite frauduleuse d'Enron et les comptes truqués de l'affaire Worldcom, par les révélations des rémunérations parfois excessives octroyées aux dirigeants de grandes entreprises françaises, les députés socialistes ayant présenté cette proposition, dont les chefs de file étaient C. Caresche et A. Montebourg, souhaitaient

⁵¹ S. Galand Carval, « *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée* », thèse soutenue à Paris I, 1995, p.256.

⁵² Proposition de loi n°1304 du 17 décembre 2003, dite proposition Caresche, relative au renforcement de la responsabilité individuelle des dirigeants et mandataires sociaux dans les sociétés anonymes ainsi qu'à la transparence et au contrôle de leur rémunération dans les sociétés cotées.

renforcer la responsabilité du dirigeant et mieux contrôler sa rémunération. Afin d'illustrer leurs revendications, ils s'appuyaient, dans l'exposé des motifs de leur proposition du 17 décembre 2003, sur le tollé provoqué par l'octroi, lors de leur départ, de parachutes dorés à Messieurs Jean-Marie Messier et Pierre Bilger, respectivement versés par Vivendi et Alstom, alors même que la santé financière de ces groupes de sociétés était loin d'être au beau fixe au moment des faits.

Par ailleurs, s'attaquant plus directement au mécanisme de l'assurance, les députés socialistes ont fait valoir que tandis que l'attribution de stock options⁵³ aux dirigeants vise à intéresser financièrement ceux-ci à la vie de la société, la souscription par eux de contrats d'assurance couvrant la baisse des actions qui leur sont attribuées, au lieu de permettre la convergence des intérêts des dirigeants avec ceux de la société, aboutirait, selon ses détracteurs, au résultat inverse. Le raisonnement a ainsi consisté à considérer que grâce au recours à l'assurance, mécanisme qualifié de « pervers » au sein de l'exposé des motifs de la proposition, le dirigeant peut inéluctablement s'enrichir. En effet, quelles que soient les variations des cotations boursières des titres, ou la qualité de sa gestion, tous les reproches pouvant être faits au dirigeant sont garantis et l'indemnisation versée aux actionnaires lui profite via le développement de sa participation personnelle, lorsqu'il lève les options qui lui ont été accordées sur les titres de la société. Le sort réservé au contrat RCMS, à la suite de tels griefs, se révèle sans appel.

B. Le contenu de la proposition Caresche

La proposition de loi du 17 décembre 2003, initiée par Monsieur Caresche, vise, en son article 2, à supprimer le contrat RCMS du paysage juridique français, en insérant après l'article L.225-254 du Code de commerce un article L.225-254-1 rédigé comme suit :

« Art. L. 225-254-1. - Toute assurance en responsabilité civile souscrite ou payée par la société afin de couvrir la responsabilité civile des administrateurs ou du directeur général est nulle et ne peut avoir aucun effet.

Toute disposition contraire est réputée non écrite. »

⁵³ Pouvant être définies comme l'option consentie à des salariés, après autorisation de l'assemblée générale extraordinaire, de souscrire ou d'acheter des actions de la société à des conditions de prix déterminées à l'avance et durant une certaine durée. Le dirigeant bénéficiant d'un « stock option plan » a ainsi tout intérêt à lever l'option lorsque celle-ci lui permet de souscrire des titres à un prix inférieur à leur valeur de marché.

Cette interdiction catégorique de l'assurance RCMS paraît complètement cohérente lorsqu'on la rapproche du reste du contenu de cette proposition de loi. Celle-ci se donne ainsi pour but de rétablir l'esprit et la lettre de l'article 244 de la loi du 24 juillet 1966 relative à la responsabilité des mandataires sociaux codifié à l'article L.255-251 du Code de commerce sus cité⁵⁴, et atténué selon les auteurs de la proposition par la jurisprudence de la chambre commerciale exigeant, en outre, la preuve d'une faute détachable des fonctions du dirigeant. Dès son article premier, cette proposition prévoit que tout actionnaire ou tout salarié peut engager la responsabilité personnelle du dirigeant ou de l'administrateur dont l'action ou l'inaction fautives, commise dans l'exercice de sa fonction, est à l'origine de son préjudice. Il semble donc tout à fait logique que cette proposition écarte toute possibilité de minimiser la portée d'un de ses principes phares, et qu'elle écarte à ce titre un des moyens les plus efficaces de se prémunir contre les effets pécuniaires néfastes de la mise en jeu de la responsabilité personnelle du dirigeant, à tout le moins dans son acception civile.

C. L'inertie du législateur

Cette proposition de loi, malgré son ambition clairement affichée dès l'exposé des motifs qui l'a précédé, est cependant restée lettre morte, le législateur ne l'ayant pas concrétisée en l'élevant au rang de loi.

D'ailleurs, une proposition de loi ultérieure⁵⁵, bien que partant du même constat, s'est refusée à proposer une solution aussi radicale. En effet, la proposition de M. Clément, en date du 4 février 2004, visant elle aussi à renforcer la responsabilité du dirigeant, s'est refusée à toute référence au contrat RCMS et s'en est tenu, pour atteindre cet objectif, à développer l'action exercée par un actionnaire pour obtenir réparation de son préjudice personnel. Ainsi, l'article 7 de cette proposition prévoit, en son 2°, de réformer l'article L.225-251 sus cité dans le sens suivant : « *Les actionnaires peuvent intenter l'action en réparation du préjudice propre, distinct du préjudice social, qu'ils subissent personnellement, contre les administrateurs ou le directeur général* ».

⁵⁴ A titre de rappel, cet article pose les trois grandes situations dans lesquelles le dirigeant doit être considéré comme responsable, à savoir : la violation de dispositions réglementaires ou législatives, la violation des statuts ou la commission d'une faute de gestion.

⁵⁵ Proposition de loi n°1407 du 4 février 2004 sur la gouvernance des entreprises commerciales.

Permettant des progrès dans la gestion de l'entreprise, dans la prise de risques des dirigeants, constitutive d'un moteur pour l'innovation, la garantie RCMS n'a heureusement pas été remise en cause. Sa sauvegarde peut aussi s'expliquer par le fait que bien que discrète, cette police n'en reste pas moins constitutive d'un marché porteur dans l'avenir de l'assurance. Elle constitue en effet une réponse certaine aux attentes des praticiens, qui souhaitent clairement protéger leur patrimoine, et peut, si elle demeure encadrée comme elle l'est actuellement, éviter que les griefs qui lui ont été faits, notamment dans la proposition Caresche, ne soient fondés.

III. Les « gardes fous » opposés au contrat RCMS visant à exclure toute déresponsabilisation du dirigeant.

Plus encore que les limites matérielles dont le contrat RCMS fait l'objet, comme nous l'avons vu supra, deux « gardes fous » viennent empêcher tout constat d'une déresponsabilisation du dirigeant social, malgré la souscription d'une garantie : il s'agit, même si elle réduite, de l'exigence assez fréquente d'une participation personnelle du dirigeant au processus d'indemnisation des victimes (A) mais surtout de l'effet prophylactique du droit pénal (B).

A. La menace d'une participation pécuniaire personnelle du dirigeant

Comme le souligne F. Descorps Declère⁵⁶, un des facteurs généraux permettant de nuancer l'effet trop déresponsabilisant de l'assurance RCMS est l'existence d'une menace, pesant sur le dirigeant, qui peut toujours, certes de manière limitée, participer personnellement à l'indemnisation du préjudice causé par sa faute, la garantie ne pouvant être illimitée.

En effet, les compagnies d'assurance ont eu tendance, en pratique à réintroduire une forme de coercition à l'égard de leurs assurés. Si la matière ne permet pas vraiment le recours aux clauses de bonus-malus, ou encore clause de réduction ou de majoration des primes en fonction de la sinistralité de l'assuré, comme cela est utilisé en matière d'assurance automobile

⁵⁶ F. Descorps Declère, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Revue trimestrielle de droit commercial*, janvier/mars 2003, p. 32 et s.

par exemple, ou aux clauses de déchéance⁵⁷, la menace pécuniaire va pouvoir prendre, dans certains cas, la forme d'une franchise, comme nous avons pu l'exposer précédemment.

Le plus souvent, la coercition, visant à empêcher que les dirigeants ne se comportent de manière totalement irresponsable sous couvert de la souscription d'une assurance, et aussi en vue de protéger les intérêts financiers de compagnies, résultera de la probable prise en compte des dommages dus à des fautes des dirigeants dans l'évaluation du montant de leurs primes.

Par conséquent, la sanction pécuniaire, même si elle n'est pas fixée dans son montant au sein du contrat, ne s'en imposera pas moins aux dirigeants obligés d'accepter les conditions nouvelles proposées par leur assureur. A titre d'illustration, du fait des conséquences des événements du 11 septembre 2001, les assureurs ont dû faire face à une vague de sinistralité importante, renforcée par la faillite d'ENRON. Plusieurs études ont ainsi constaté une multiplication des taux de prime par cinq voire plus en fonction des activités à assurer.

B. L'effet prophylactique du droit pénal

Le facteur principal de l'atténuation de l'affirmation du report de la responsabilité du dirigeant sur l'assurance RCMS réside dans l'effet dissuasif du droit pénal. Le droit pénal des sociétés a en effet connu un développement notable ces dernières années. Or, l'effet prophylactique du droit pénal demeure hors d'atteinte des conséquences déresponsabilisantes de l'assurance puisque les pénalités prononcées en son nom sont, exception faite des frais de défense, soustraites de son domaine, comme nous l'avons exposé précédemment.

⁵⁷ En droit commun, la déchéance renvoie à la perte d'un droit ; elle prend une coloration particulière en droit des assurances où elle correspond, selon Y. Lambert Faivre et L. Leveneur, à « *la perte du droit à la garantie de l'assureur, édictée conventionnellement à l'encontre d'un assuré qui n'a pas exécuté ses obligations en cas de sinistre* », par exemple de déclaration.

CONCLUSION

Comme l'a très justement fait remarquer C. Freyria⁵⁸, on assiste aujourd'hui à une inflation procédurale à l'égard des dirigeants, allant de pair avec la judiciarisation toujours plus importante de notre société. Cet auteur souligne ainsi le fait qu'il ne se passe pas un mois sans qu'un arrêt relatif à la responsabilité du dirigeant ne soit rendu par la Cour de cassation. Cet état de fait atteste parfaitement de l'augmentation croissante des risques encourus par les dirigeants de sociétés, révélant ainsi tout l'intérêt du contrat RCMS, qui, bien que ne couvrant pas l'intégralité de l'activité du dirigeant, offre à ce dernier une large garantie.

Cependant, le dirigeant n'est pas le seul à trouver des avantages dans la souscription de cette police d'assurance : la société en tire ainsi profit lorsqu'elle agit contre son propre dirigeant car elle bénéficie, in fine, de l'indemnisation versée par l'assureur. Si ce cas reste assez rare, l'avantage majeur pour la société souscriptrice est qu'en cas de litige, son image de marque sort intacte du fait de la rapidité et de l'efficacité de traitement de l'affaire. Mais les principaux bénéficiaires de cette police sont in fine les victimes, qui voient, grâce à l'assurance, leur préjudice entièrement indemnisé sans crainte d'une éventuelle insolvabilité du responsable. Sur ce point, l'assurance RCMS apporte un réel progrès dans le régime de responsabilité du dirigeant en droit des sociétés.

Au vu de ce constat, la police d'assurance RCMS se révèle être un bon élément de gestion du risque de responsabilité du dirigeant, pouvant certes être cumulé avec d'autres moyens. En effet, le risque de responsabilité peut être éradiqué a priori, en respectant les principes de *corporate governance*, correspondant à des règles de bonne gestion élaborées dans des commissions anglo-américaines permettant, pour la plupart, un exercice du pouvoir plus équilibré dans l'entreprise. Mais cette prévention du risque de responsabilité du dirigeant peut aussi prendre la forme d'un accroissement des obligations de transparence ou encore d'un développement des contre-pouvoirs via la création de procédures de contrôle internes à l'entreprise. Si l'on envisage le mécanisme de responsabilité du dirigeant dans son ensemble, la

⁵⁸ C. Freyria, « Libres propos sur la responsabilité civile de gestion d'une entreprise », Mélanges à Louis Boyer, 1996, p.179

délégation de pouvoirs peut également être un instrument utile, même s'il ne permet au dirigeant, si les conditions de validité de cet acte sont remplies⁵⁹, que d'échapper à l'engagement de sa responsabilité pénale personnelle.

Malgré un bilan plutôt positif, le contrat RCMS reste encore un outil qui, s'il se développe de manière croissante depuis une vingtaine d'années, demeure discret. En effet, bien que les grandes sociétés, notamment les sociétés cotées, aient massivement participé à cette croissance, redoutant les conséquences néfastes pour la responsabilité de leurs dirigeants de l'inflation des réglementations boursières, cette police reste encore peu développée au sein des PME, qui représentent toutefois un potentiel de débouchés prometteur. En la matière, les statistiques attestent d'un relatif retard pris par la France. Ainsi, selon un sondage effectué auprès de dirigeants d'entreprises en 2003, 97% de l'échantillon de 2068 personnes interrogées aux Etats-Unis avaient contracté une assurance RCMS⁶⁰, alors qu'en France, on estime que seulement 20% des dirigeants de PME-PMI en bénéficient⁶¹. Ces statistiques sont toutefois à relativiser car elles concernent des pays où la responsabilité du dirigeant n'est pas conçue de la même façon: la responsabilité du dirigeant américain étant engagée beaucoup plus fréquemment en droit américain qu'en droit français. Aussi, certains auteurs ont pu redouter que l'expansion de l'assurance RCMS n'entraîne une évolution de jurisprudence tendant à étendre les situations dans lesquelles la responsabilité du dirigeant est engagée. Ainsi, M. Germain a fait remarquer qu'il peut être craint par les praticiens, à juste titre, que l'assurance « *n'attire la foudre plus rapidement et plus sûrement que n'importe quel paratonnerre* »⁶².

Néanmoins, au vu des conclusions qui ont pu être tirées de cette étude, il semble indéniable qu'une assurance efficace de la responsabilité des dirigeants sociaux constitue un argument de poids pour assurer la compétitivité de la France, ses concurrents américains mais aussi européens ayant développé cette police dans leurs droits respectifs. Or, les obligations du dirigeant social ne cessant de s'accroître, un des enjeux principaux du marché de l'assurance sera justement, à notre sens, de développer cette police RCMS, dans les années à venir.

⁵⁹ Une délégation de pouvoirs n'est en effet valable que si le dirigeant a délégué ses pouvoirs à un préposé pourvu de la compétence, des moyens et de l'autorité nécessaires.

⁶⁰ Source : Tillinghast Tower Perrin, « *2003 Directors and officers liability survey* ».

⁶¹ Source : Generali

⁶² M. Germain, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux » (rapport de synthèse), *Revue des sociétés* 2003 p 284 n°2.

BIBLIOGRAPHIE

- Textes

Proposition de loi n°1304 du 17 décembre 2003 relative au renforcement de la responsabilité individuelle des dirigeants et mandataires sociaux dans les sociétés anonymes ainsi qu'à la transparence et au contrôle de leur rémunération dans les sociétés cotées.

Proposition de loi n°1407 du 4 février 2004 sur la gouvernance des entreprises commerciales.

- Dictionnaires juridiques

G. Cornu, Association Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7^e édition.

Dictionnaire Permanent des Assurances, éditions législatives, feuillet 20.

- Ouvrages juridiques

J. P. Casimir, M. Germain, *Dirigeants de sociétés : juridique, fiscal, social*, coll. Pratiques d'experts, groupe Revue Fiduciaire n°2057 et s.

Ph. Conte, M. Germain, D. Guttman, *Dirigeant de société : risques et responsabilités*, coll. Jursicompact, éd. 2002, étude n°8.

J. Kullman, *Lamy assurances : contrat d'assurance, assurance de dommages, assurances de personnes, intermédiaires d'assurance*, édition 2007 n°2398 et s.

Y. Lambert Faivre, *Risques et Assurance des entreprises*, Précis Dalloz, éd. 1986, n°40 et Droit des assurances, Dalloz n°194 s. p 171.

Y. Lambert Faivre, L. Leveneur, *Précis de droit des assurances*, Dalloz n°383 et s., n°488, et n°807.

Ph. Le Tourneau, *Dalloz Action*, éd. 2006-2007, n°4991 et s.

Mémento Francis Lefèvre, *Sociétés Commerciales 2007*.

- Publications universitaires

S. Galand Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. LGDJ 1995, n°325 et s.

R. Chambenoit-Husebø, *La responsabilité des mandataires sociaux et son assurance*, mémoire DESS droit des assurances, Université Paris II, juin 1994.

- **Jurisprudence**

Sur la notion de faute de gestion séparable des fonctions du dirigeant :

Com. 4 octobre 1998 « Lepoivre », *Revue des sociétés* 1989, p 214 et s., note A. Viandier.

Com. 20 mai 2003, *Bulletin Joly sociétés*, juillet 2003, §167, note H. Le Nabasque ; *Recueil Dalloz* 2003, p. 2623, note B. Dondéro.

Civ. 1^{ère} 16 novembre 2004, *Bulletin Joly sociétés* 2005, §72, note B.Dondéro.

Sur la notion de dirigeant de fait :

Com. 23/11/1999, *RJDA* mars 2000 n°270.

- **Articles et études**

J. F. Bulle, « Aspects pratiques sur : l'assurance responsabilité civile des dirigeants. Aspects fiscaux », *Droit des Sociétés*, n°11 p.8.

Comité fiscal de la mission d'organisation administrative, « Régime fiscal des indemnités versées par une compagnie d'assurance suite à la mise en jeu de la responsabilité civile d'un mandataire social », *JCP Semaine Juridique, édition entreprises*, 2001, n°46, p. 1801-1802.

A. Constantin, « De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Revue de jurisprudence de droit des affaires* 2003, n°7 p.595.

F. Descorps Declère, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Revue trimestrielle de droit commercial*, janvier/mars 2003, p. 32 et s.

S. Di Meglio, « Les dirigeants et mandataires sociaux en droit français, une responsabilité sans frontière : risques et solutions », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation* 1999, n°5 p.1107.

S. Favier, « L'assurance responsabilité civile des dirigeants », *Option Finance* 2006, n°901, p.32.

C. Freyria, « Libres propos sur la responsabilité civile de gestion d'une entreprise », *Mélanges à Louis Boyer*, 1996, p.179

C. Freyria, « L'assurance responsabilité civile du management », *Revue Dalloz* 1995, chronique p.120.

M. Germain, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux » (rapport de synthèse), *Revue des sociétés* 2003 p 284 n°2.

Institut Montaigne, « Mieux gouverner l'entreprise », éd. Montaigne, mars 2003.

C. Joly Baumgartner, S. Favier, « Les conséquences civiles des infractions pénales des entreprises », *Option Finance* 2004 n°793, p. 23.

P. G. Marly, « La faute dans l'assurance de responsabilité des dirigeants », *JCP Semaine Juridique édition entreprises 2006*, n°12, p.568 étude 1490.

C. Motol, « Risques des dirigeants : comment vous protéger ? », *Option Finance 2005*, n°833 p.15.

A. Poncelet, « Responsabilité civile du dirigeant : deux propositions de lois radicalement différentes », *Décideurs juridiques et financiers 2004*, n°54 p.32-33.

F. Viterbo, « La faute de gestion », *Revue Lamy Droit des Affaires*, novembre 2006, n°10 p. 89.

« Déduction des frais réels : traitement fiscal des indemnités reçues par un mandataire social dans le cadre d'une assurance responsabilité civile », *Droit Fiscal 2001*, n°42, comm. 939.

- **Sites internet**

<http://www.lloyds.com> : Site du groupement d'assureurs britanniques fondateurs de la police RCMS.

<http://www.vernimmen.net/html/glossaire> : Lexique de termes économiques.

- **Documentation obtenue auprès des assureurs**

- **AIG Europe**

Note descriptive du contrat « Business Guard – Responsabilité des Dirigeants ».

- **Generali**

Conditions particulières du « Responsabilité Civile des Dirigeants de Sociétés ».

Questionnaire préalable à la souscription d'une police Responsabilité Civile des Dirigeants de Société.

Ces documents sont reproduits en annexe.

ANNEXE

- Questionnaire préalable à la souscription d'une police RCMS chez Generali.
- Conditions particulières du contrat responsabilité civile des dirigeants de société proposé par Generali (extraits).
- Note descriptive des garanties proposées par AIG Europe en matière de responsabilité civile des dirigeants.