

# Les accords d'indemnisation avec les membres du conseil d'administration

8 février 2011

CEDIDAC

**Manuel Bianchi della Porta | Michel Jaccard**

**BCCC Avocats Sàrl**

Genève | Lausanne

# Contexte

- **Accroissement des risques pour les membres du conseil**
  - Activisme des actionnaires
  - Activisme judiciaire (exemples récents)
  - Exposition particulière de certains secteurs d'activités
  - Exigences renforcées en matière de corporate governance
- **Le besoin de réduire le risque (*risk mitigation*)**
- **Le transfert du risque**
  - D&O et autres assurances (transfert à un professionnel du risque)
  - Les accords d'indemnisation (transfert à la société / actionnaire)
- **Des outils efficaces ?**

# Problématique juridique

- La responsabilité du droit des sociétés pour la gestion par le conseil et la direction (752 ss CO) est personnelle et illimitée.
  - Certaines compétences du conseil sont intransmissibles et inaliénables (716a CO).
  - Le conseil doit respecter son devoir de diligence envers la société (717 CO).
- ➡ Dans ces conditions, est-il envisageable pour le conseil ou certains de ses membres de passer un accord avec la société, ses actionnaires ou un tiers pour limiter la responsabilité pour la gestion ?

# La couverture du risque par une assurance

- Il est aujourd'hui généralement admis que:
  1. une société peut assurer ses administrateurs contre une action en responsabilité,
  2. les primes de l'assurance responsabilité civile de l'administrateur peuvent être payées par la société,
  3. les primes d'assurance ne constituent pas une prestation appréciable en argent.

# La couverture du risque par une assurance

- Une pratique aujourd'hui répandue.
- Les acteurs sur ce marché en Suisse (un cercle limité).
- Les types d'assurés (profils de risque):
  - les sociétés cotées,
  - les autres sociétés,
  - le cas des start-up,
  - le cas des sociétés financières (après 2008).

# La couverture du risque par une assurance

- La difficulté de quantifier le risque.
- La réactivité des assureurs (polices d'un an).
  - Augmentation des primes.
  - Réduction de la couverture.
- Les différents types de police:
  - l'assurance D&O (*Directors and Officers*),
  - l'assurance ODL (*Outside Directorship Liability*),
  - l'assurance EPLI (*Employment Practices Liability*).
- Quelques chiffres pour une D&O (montant de la couverture, montant des primes).

# Police D&O: la couverture dans le temps

- Une fenêtre étroite.
- Système du "claim made" = prétention contre l'administrateur pendant la durée de validité de la police.
- Extension de validité au-delà de la durée du contrat (*reporting period*).
  - L'acte illicite qui donne naissance à la prétention doit être antérieur à la *reporting period*.
  - Les extensions payantes, celles gratuites.
- La date de continuité (*continuity date*).
  - Renouvellement de l'assurance.
  - Changement d'assureur.

# Police D&O: la couverture spatiale

- Principe: monde.
- Notion de groupe.
  - Administrateur du preneur de la police.
  - Administrateur des filiales.
  - Administrateur de sociétés extérieures au groupe (si mandat avec l'accord du groupe).
- Exception: « US Claims ».
  - Prétentions jugées aux USA/Canada OU fondées sur le droit de ces pays.
  - Effets variés: limitation de la couverture, prime supplémentaire, franchise plus importante.



# Police D&O: objet de l'assurance

- Dommage pour « mauvaise gestion » de l'administrateur (*wrongdoing*).
- Mauvaise gestion v. gestion en violation d'obligations légales et/ou statutaires.
  - *Business Judgment Rule* / jugement *a posteriori*.
- Art. 754 CO (responsabilité dans l'administration, la gestion et la liquidation).
- Art. 752 CO (responsabilité pour le prospectus d'émission).
- Art. 753 CO (responsabilité dans les actes de fondation).

# Police D&O: objet de l'assurance

- Art. 108/1 LFus.
- Art. 41 CO.
- Responsabilité fondée sur le droit public.
- Couverture pour des coûts sans rapport avec une responsabilité du fait de la loi/statuts:
  - protection juridique (défenses contre des prestations injustifiées),
  - frais liés à la réhabilitation de la réputation.

# Police D&O: la faute

- Négligence de l'administrateur dans l'accomplissement de ses devoirs.
- Faute grave le plus souvent incluse (renonciation à l'art. 14/2 LCA).
- Exclusions:
  - faute intentionnelle,
  - acte/omission ayant conduit à un profit ou avantage indu,

# Police D&O: la faute

- acte/omission pénalement qualifiable:
  - art. 152 CP: faux renseignements sur des entreprises commerciales,
  - art. 158 CP: gestion déloyale,
  - art. 165 CP: gestion fautive (banqueroute simple).
- La tentation du demandeur de qualifier pénalement le comportement de l'administrateur.
- Exclusion des obligations monétaires à caractère pénal ou quasi pénal.

# Police D&O: les frais de défense

- Vaste majorité des « sinistres ».
- Etendue.
  - Inclus: frais de justice, honoraires d'avocats et d'experts, autres dépenses.
  - Exclus: dédommagement pour le travail fourni en interne.
  - Nécessité d'un accord préalable de l'assureur sur les honoraires d'avocats et d'experts.
  - Uniquement les frais « raisonnables ».

# Police D&O: les frais de défense

- Cas particuliers:
  - *investigation costs* = frais d'enquêtes dans laquelle la présence de l'administrateur est requise,
  - *extradition costs* = frais lié à le contestation de l'extradition,
  - *bail bond and civil bond* = cautions et garanties ordonnées par un tribunal civil.
- Les bons points: les frais sont avancés, il n'y pas de franchise.
- Le mauvais point: pas d'avance/ remboursement des frais tant que le lésé n'a pas fait valoir sa prétention en dommages-intérêts.

# Police D&O: Faillite

- Importance en relation avec les cas de responsabilité de l'administrateur.
- Régime de l'art. 55 LCA (le contrat prend fin à l'ouverture de la faillite).
- Conséquence dans un système "claim made".
- D&O avec renonciation à la protection du 55 LCA.
- Incidence de la faillite en cas de renonciation (facteur d'aggravation du risque).
  - Limitation de la couverture à certaines prétentions.
  - Limitation de la couverture aux actes illicites précédant la faillite.

# Bilan sur les D&O

- Peu de recul.
- Une efficacité certaine.
  - Dérogations au droit commun en faveur de l'assuré:
    - faillite du preneur d'assurance,
    - faute grave couverte,
    - extension du délai de prescription de 2 à 5 ans,
    - possibilité de renoncer à la résiliation après un sinistre.
  - Couverture mondiale.
    - Couverture pour tous les mandats assumés par l'administrateur au sein du groupe.
- Attention aux différences entre assureurs (pas des produits standard); attention aux réticences.
- Un animal domestiqué?



# L'administrateur non assuré

- Une action en responsabilité pour gestion fautive peut être intentée
  - pour le dommage causé à la société ou subi directement;
  - selon les cas, par la société (rarement), par les actionnaires ou par les créanciers.
- Les actions hors faillite sont rarissimes, et exclues pour les créanciers (sauf à faire valoir un dommage direct).
- Dans une faillite, l'administrateur ne peut opposer des exceptions personnelles (consentement) ou la décharge à une action en responsabilité.

# Les mesures possibles

- Faire en sorte que le dommage soit épongé (dommage peu élevé, sociétés privées)
  - Abandon de créance (compte courant), recapitalisation / assainissement
  - Garantie de couverture par les actionnaires (ATF 95 II 320).
- Obtenir le consentement préalable du lésé pour supprimer l'illicéité (et la faute):
  - Pas d'action en responsabilité si (i) le conseil a agi avec le consentement de tous les actionnaires, (ii) ceux-ci ont toléré, en connaissance de cause, les agissements des membres du conseil ou (iii) le conseil n'a fait qu'exécuter une décision valable de l'assemblée (ATF 131 II 640).

# Les mesures possibles

- Se faire prêter de l'argent par la société pour l'avance des frais de procès.
  - L'avance de frais sera traitée comme un prêt, admissible aux conditions du marché.
  - Renonciation anticipée au remboursement ?

# Le transfert du risque sur l'actionnaire (majoritaire)

- Usuel dans les contrats fiduciaires de représentation au conseil.
- Problématique connue du risque de conflit entre le devoir de diligence du mandataire et celui du membre du conseil.
- Limites de droit impératif: illicéité des instructions (20 CO) et faute grave ou intentionnelle du mandataire (100 CO).
- Le cas de l'administrateur – employé de l'actionnaire (groupe de sociétés)
  - Obligation d'indemniser de la part de l'employeur ?

# Le transfert du risque sur la société

- Nature des relations entre la société et son conseil ?
- La nature contractuelle de la relation entre les membres du conseil et la société est reconnue de longue date par la doctrine et la jurisprudence (ATF 65 II 2).
- Nullité des accords qui:
  - contreviennent aux règles fondamentales du droit des sociétés (20 CO); ou
  - suppriment toute responsabilité en cas de faute grave ou intentionnelle (100 CO).

# Le transfert du risque sur la société

- L'accord de la société peut découler:
  - d'une décision de l'assemblée générale, qui pourra le cas échéant être reflétée dans les statuts (cf. Transocean)
  - d'une convention entre tous les actionnaires (sociétés privées)
  - d'un véritable contrat d'indemnisation (sociétés publiques ou sociétés avec actionnaire anglo-saxon représenté au conseil)

# L'accord d'indemnisation

- Définition des cas d'indemnisation:
  - Attention à ne pas limiter à la responsabilité pour gestion au sens de 754 CO, car le fondement légal peut être différent (41 ss CO, 678 CO) ou, selon l'activité de la société, découler de l'application du droit étranger.
  - Pas seulement la situation où l'administrateur est défendeur à une action judiciaire, mais également les cas d'enquête officielle ou d'investigation, où il apparaît comme témoin.

# Les accords d'indemnisation

- Définition de l'étendue de l'indemnisation:
  - Ensemble du dommage, frais de procès, d'experts et d'avocats;
  - Seulement si jugement définitif et exécutoire, ou aussi en cas de transaction extrajudiciaire (approuvée par la société);
  - Pas pour des affaires pénales ou de droit social, mais uniquement pour plaintes civiles ?
- Avance des frais de procès.



# Les accords d'indemnisation

- Conditions de l'indemnisation:
  - Le demandeur n'est pas la société, ni un administrateur au bénéfice du contrat d'indemnisation;
  - Seulement dans la mesure où pas d'autre assurance disponible (D&O) ou pas d'indemnisation possible selon le droit en vigueur;
  - Uniquement si la faute de l'administrateur est légère;
  - Uniquement si l'administrateur a agi de bonne foi dans l'intérêt de la société (cf. « business judgment rule ») ?

# Les accords d'indemnisation

- Questions particulières:
  - Protection continue en cas de changement de contrôle ?
  - Détermination des cas d'indemnisation par un conseil indépendant ?

# Appréciation

- Le transfert du risque de responsabilité est une réalité.
- Il n'existe pas de solution unique, mais une palette d'options à disposition des membres du conseil, en fonction du type de société, de son activité, et de son actionnariat.
- Assurances D&O: efficace pour ceux qui peuvent se le permettre.

# Appréciation

- La prise en charge du risque par l'actionnaire est fréquente dans les groupes de sociétés ou la représentation fiduciaire.
- Les accords d'indemnisation entre conseil et société ne revêtent aucune utilité ni ne produisent d'effet en cas de faillite, et les limites à l'indemnisation sont différentes en droit anglo-saxon (« business judgment rule ») et suisse (faute grave ou intentionnelle).
- Le renforcement des règles de bonne gouvernance reste la meilleure protection, efficace si elle intègre une information complète des actionnaires.