

Questions choisies de l'assurance des mandataires sociaux (assurance D&O), notamment : Ayant-droit aux prestations et exclusion pour les « services professionnels »

Exercer une fonction dirigeante, c'est aussi s'exposer à des actions en responsabilité ; l'assurance D&O vise précisément à la protection du patrimoine économique des dirigeants exposés. Dans un contexte marqué par l'incertitude, protéger ceux qui dirigent, c'est aussi préserver ce qu'ils dirigent. En toile de fond de la couverture patrimoniale que proposent ces formes d'assurance, transparaissent des principes hérités des conceptions anglo-américaines, où l'assurance, généralement souscrite par la société et fondée sur le principe de la réclamation (« claims made »), soulève des questions pratiques importantes. Parmi celles-ci : la détermination de l'ayant droit, liée à l'intérêt à l'assurance, les clauses de représentation et les clauses d'exclusion, notamment pour « services professionnels », qui appellent une lecture rigoureuse, afin de préserver l'effet utile de la garantie.

I. Bref rappel de quelques généralités	88
II. Les parties au contrat et la question de l'ayant droit	89
III. Couverture du risque assuré	92
IV. Quelques exclusions caractéristiques	94
V. La prescription	97

Zitiervorschlag:

VINCENT BRULHART / MOHAMED ALI KOCHBATI,
Questions choisies de l'assurance des mandataires sociaux (assurance D&O), notamment : Ayant-droit aux prestations et exclusion pour les « services professionnels », sui generis 2025, p. 87

Vincent Brulhart, Professeur aux Universités de Lausanne et Genève (vincent.brulhart@unil.ch), Avocat (v.brulhart@mcelegal.ch).
Mohamed Ali Kochbati, MLaw (Lausanne), Doctorant et Assistant-diplômé à l'Université de Lausanne (mohamedali.kochbati@unil.ch).

DOI : <https://doi.org/10.21257/sg.279>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Bref rappel de quelques généralités

1. Notion

a) Définition

1 L'assurance D&O (pour « *Directors & Officers* ») est une forme d'assurance visant à la prise en charge des conséquences financières de revendications découlant de préjudices purement économiques causés par les dirigeants d'une personne morale à cette dernière ou à des tiers¹. La garantie se matérialise au travers d'une police, établie à la demande d'une société, preneuse d'assurance, en faveur des membres de son conseil d'administration et de son équipe dirigeante (personnes assurées) et, éventuellement, de ses filiales. Cette assurance est également connue sous l'appellation « *Directors and Officers Liability Insurance* » ou encore d'assurance des mandataires sociaux².

b) Délimitations

2 L'assurance de la responsabilité civile des organes peut être individuelle ou collective³. Dans les deux cas, il s'agit d'une forme d'assurance de la responsabilité civile⁴; l'assurance D&O se distingue cependant de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle *en général*.

3 L'assurance responsabilité civile professionnelle *en général*⁵ a pour objet les réclamations de tiers à l'encontre de la personne assurée en raison des dommages qu'elle a causés dans l'exercice de sa profession. Elle est destinée en particulier à ceux qui exercent une activité indépendante (médecins, avocats, ingénieurs, architectes, etc.).

4 Quant à elle, l'assurance D&O vise spécifiquement la prise en charge des conséquences de préjudices causés par la personne assurée *dans son activité d'organe d'une personne morale*. Elle est normalement souscrite par la société pour le compte de ses dirigeants.

1 MANUEL BIANCHI DELLA PORTA / MICHEL JACCARD, Couvrir les risques de l'administrateur, in: Ohja (édit.), *Développements récents en droit commercial*, Lausanne 2012, p. 68 ss.

2 THIERRY LUTERBACHER, Verantwortlichkeits-, Zivilprozess-, und Versicherungsrecht, Aktuelle Aspekte 2011, *Versicherung in Wissenschaft und Praxis*, Zurich 2012, p. 142; DANIEL BANDLE, L'assurance D&O : analyse de l'assurance responsabilité civile des dirigeants de sociétés en droit suisse, comparée aux solutions en droits français et anglais, Lausanne 1999, p. 3, N7, lequel indique qu'elle est également appelée assurance de la responsabilité des dirigeants de société, voire des mandataires sociaux; MAX HALLER, Organhaftung und Versicherung, die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung, Zurich 2008, p. 157, N 375.

3 NICOLAS ROULLER / MARC BAUEN / ROBERT BERNET / COLETTE LASERRE ROULLER, La société anonyme suisse, Zurich 2022, p. 689, N 597.

4 Ici de l'« assurance de la responsabilité civile des organes », traduction en français de « *Organhaftpflichtversicherung* ».

5 En allemand « *Berufshaftpflichtversicherung* », et en anglais « *professional indemnity insurance* ».

Rien n'empêche toutefois celui qui intervient comme 5
organe d'une personne morale (par exemple comme
membre d'un conseil d'administration) de conclure lui-
même une assurance de la responsabilité civile person-
nelle pour l'exercice de cette activité. Par ailleurs, une assu-
rance responsabilité professionnelle peut être souscrite
par une société, à titre complémentaire, pour assurer la
responsabilité de ses membres exerçant des mandats d'ad-
ministrateurs hors de la société. Les sociétés d'avocats ou
de fiduciaires recourent parfois à ce type de garanties⁶.

Considérée largement, l'assurance de la responsabilité 6
civile des organes vise à protéger le patrimoine de ces der-
niers contre les charges financières résultant de la mise
en cause de leur responsabilité *en tant qu'organe*⁷. Dans
un sens plus étroit, elle s'entend d'une garantie destinée
exclusivement aux membres du conseil d'administration
et de la direction⁸.

L'assurance D&O ne couvre, en principe, que les réclama- 7
tions découlant de préjudices économiques purs⁹; les ré-
clamations dérivant de dommages corporels ou matériels
sont exclues¹⁰. Il arrive toutefois que certains assureurs
D&O s'engagent à la prise en charge des conséquences
économiques consécutives à des dommages corporels
ou matériels au travers de clauses spécifiques, appelées
« *Carve-Backs* », prévoyant des prestations dans certains
cas précis, par exception à l'exclusion générale¹¹.

2. Origine

a) Des conceptions anglo-américaines

L'assurance D&O a vu le jour dans les pays anglo-améri- 8
cains à la suite de la Grande Dépression de 1929, une pé-
riode marquée par une vague de faillites à l'origine d'une
accumulation de poursuites contre des dirigeants d'en-
treprises. Elle a été conçue pour protéger les dirigeants
contre les frais de litiges et les conséquences patrimoniales
des poursuites exercées à leur encontre. Initialement dé-
veloppées sur le marché des *Lloyd's*, ces garanties ont

6 HALLER (n. 2), p. 158, N 377.

7 HALLER (n. 2), p. 157, N 373 et p. 165, N 393.

8 HALLER (n. 2), p. 157, N 374.

9 Les dommages purement économiques se réfèrent à une diminution du patrimoine sans qu'il y ait eu dommage matériel ou atteinte à l'intégrité corporelle; MARTIN A. KESSLER, in: Watter/Vogt (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6^{ème} éd., Bâle 2012, art. 41 N 13; FRANZ WERRO / VINCENT PERRITAZ, in: Thévenoz/Werro (édit.), *Commentaire Romand, Code des obligations I*, Art. 1-529 CO, 3^{ème} éd., Bâle 2021, art. 41 N 20; BANDLE (n. 2), p. 63, N 147; DANIEL DAENIKER, *Versicherung, Prozesskostensatz und Freistellung (Indemnifikation) von Organpersonen*, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (édit.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag*, Zurich 2003, p. 723, note de bas de page 2.

10 STEPHANIE VON ARX, *Die Organhaftpflichtversicherung*, in: Dürr/Lardi (édit.), *Unternehmensführung und Recht*, Zurich/Saint-Gall 2015, p. 106; voir ég. *infra* N 61 ss.

11 VON ARX (n. 10), p. 106.

gagné en popularité et se sont étendues au-delà des frontières anglo-américaines, atteignant le marché suisse dans les années 1980.

- 9 Cette ascendance historique reste perceptible dans les garanties souscrites en Suisse, même soumises au droit suisse ; elle se manifeste en particulier dans diverses questions pratiques de mise en œuvre, s'agissant par exemple d'identifier les personnes assurées¹², où des problèmes terminologiques peuvent apparaître, également en raison des différences de conceptions entre les systèmes de Common Law et de droit civil.

b) Évolution et interprétation

- 10 Depuis ses origines dans les années 1930, l'assurance D&O a connu une évolution significative pour s'adapter aux changements réglementaires et aux besoins des dirigeants d'entreprise. Cette évolution s'est notamment traduite par une extension de la couverture, passant de la simple couverture des dirigeants à celle de la société en tant qu'entité juridique distincte. Malgré son expansion sur divers marchés européens, l'assurance D&O est restée toutefois ancrée dans ses fondements anglo-américains.
- 11 Le même phénomène s'est produit en matière de réassurance, un domaine dans lequel le Tribunal fédéral a pu préciser que « *Die Verträge werden vollständig von der Rückversicherungspraxis geprägt und der privatautonomem Ausgestaltung durch die Parteien überlassen. Bei Unklarheiten oder Lücken im Vertragswerk spielen in der internationalen Rechtspraxis Usancen und Handelsbräuche eine wichtige Rolle (...). Ein hoher Stellenwert in der Ausprägung der Rückversicherungspraxis kommt dabei der reichen Rechtsprechung englischer Gerichte bzw. des Londoner Rückversicherungsmarktes zu* »¹³.
- 12 En matière d'assurance D&O également, il pourra s'avérer utile sinon nécessaire de se référer à certaines pratiques qui ont cours sur les marchés étrangers, notamment en Angleterre et aux États-Unis ; nous le verrons plus loin, s'agissant par exemple d'interpréter les clauses d'exclusion qui visent les « *services professionnels* »¹⁴, illustration de l'influence durable qu'exercent les conceptions anglo-américaines sur cette forme d'assurance¹⁵.

12 P. ex. les « *directors* » n'équivalent pas aux directeurs suisses, mais correspondent aux membres du conseil d'administration, identifiables par le registre du commerce ; le terme « *officers* » est inconnu en droit suisse. De surcroît sa définition diffère selon le droit anglais ou américain.

13 ATF 140 III 115, consid. 6.3.

14 Voir ég. *infra* N 72 ss.

15 VON ARX (n. 10), p. 92.

II. Les parties au contrat et la question de l'ayant droit

1. Les parties au contrat

Dans la conclusion d'un contrat d'assurance, deux acteurs principaux se distinguent : le preneur d'assurance et l'assureur. Le preneur d'assurance, également désigné sous le nom de souscripteur, est celui qui, par la conclusion du contrat d'assurance, obtient la protection de l'assureur, pour lui-même ou pour un tiers. En tant que partenaire contractuel de l'assureur, le preneur d'assurance est également tenu au paiement de la prime. Dans l'assurance D&O, c'est généralement la société elle-même qui agit en tant que preneuse d'assurance et qui assume le service de la prime.

Toutes les formes de sociétés ne peuvent souscrire de telles garanties ; seules les entités morales (privées ou publiques), telles que les fondations, les associations, les sociétés anonymes et à responsabilité limitée, peuvent l'envisager¹⁶. En revanche, les entités sans personnalité juridique ou celles dans lesquelles la responsabilité des associés est illimitée n'y sont pas éligibles¹⁷.

Quant à l'assureur, il représente la partie contractante qui s'engage à fournir la prestation prévue en cas de réalisation du risque assuré. En Suisse, plusieurs compagnies d'assurance proposent des polices d'assurance D&O, offrant ainsi aux preneurs d'assurance une certaine diversité de choix dans la sélection des couvertures, même si ce type de risque reste tout de même l'apanage de grands groupes d'assurance, dont certains ont d'ailleurs leurs racines à l'étranger.

2. Assurance pour compte d'autrui ou assurance pour propre compte : l'intérêt à l'assurance

D'une manière générale, lorsque la personne assurée, sur qui pèse le risque, est différente du preneur d'assurance, il faut se poser la question de savoir si l'assurance a été souscrite pour le propre compte du preneur d'assurance ou pour le compte d'autrui (la personne assurée sur laquelle pèse le risque). Résoudre cette question revient à se demander qui a l'intérêt à l'assurance : le preneur d'assurance ou la personne assurée ? Dans le premier cas, l'assurance a été conclue pour propre compte du preneur, et ce dernier est l'ayant droit de la prestation d'assurance ; dans le second cas, l'assurance a été conclue pour compte

16 LUTERBACHER (n. 2), p. 149.

17 VON ARX (n. 10), p. 90.

d'autrui, et la personne assurée devient bénéficiaire des prestations d'assurance¹⁸.

- 17 Dans le contexte spécifique de l'assurance D&O, la distinction entre preneur d'assurance et assuré est importante. Le risque couvert affecte les organes de direction susceptibles d'engager leur responsabilité, tandis que la société agit en tant que preneuse d'assurance. La garantie vise en principe à la protection des intérêts d'autrui, bien que la société preneuse d'assurance puisse également bénéficier d'une indemnisation dans certaines circonstances.

3. L'ayant droit aux prestations d'assurance

a) L'intérêt à l'assurance

- 18 Dans la mesure où les contrats d'assurance D&O sont conclus normalement par la personne morale pour couvrir le patrimoine de ses dirigeants (risque assuré), il s'agit de déterminer qui, du dirigeant recherché ou de la personne morale, peut se prévaloir des prestations d'assurance.
- 19 En application des principes rappelés plus haut, résoudre cette question impose d'identifier qui est le titulaire de l'intérêt à l'assurance : la société preneuse d'assurance ou le dirigeant assuré ? En soi, c'est affaire d'interprétation du contrat et de la volonté de parties. Reste que, d'une façon générale, et dans la mesure où elle vise prioritairement à protéger leur patrimoine, l'assurance D&O est conclue en principe dans l'intérêt des dirigeants. Aussi part-on de l'idée que la garantie constitue une forme d'assurance pour compte d'autrui, et le dirigeant assuré sera considéré comme ayant droit aux prestations d'assurance.
- 20 L'assurance pour compte d'autrui présente une parenté évidente avec la *stipulation pour autrui* au sens de l'art. 112 CO¹⁹. Dans les deux hypothèses, l'on est en présence d'un contrat conclu par une personne au bénéfice d'un tiers. Si, selon certains courants doctrinaux, l'assurance pour compte d'autrui serait une institution juridique propre, d'autres thèses font de la stipulation pour autrui la matrice de l'assurance pour compte d'autrui ; cela permettrait de recourir à la stipulation pour autrui pour le règlement de questions auxquelles ni le contrat ni la LCA²⁰ ne donnent de réponse satisfaisante²¹.
- 21 D'aucuns ont d'ailleurs pu aborder naguère la question de l'ayant droit aux prestations d'assurance sous l'angle des règles relatives à la stipulation pour autrui.

18 Sur cette discussion, cf. p. ex. VINCENT BRULHART, in : Brulhart/Frédéric-Fellay/Subilia (édit.), Commentaire romand, Loi sur le contrat d'assurance, Bâle 2022, art. 16 N 33 ss (cit. CRLCA-AUTEUR-E).

19 Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations ; CO ; RS 311.0).

20 Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA ; RS 221.229.1).

21 CRLCA-BRULHART, art. 16 N 67 et les références.

Selon cette approche, la question se poserait de savoir si l'assurance D&O répond à la définition d'une stipulation pour autrui parfaite ou imparfaite. Parfaite, elle conférerait au bénéficiaire de la garantie le droit d'exiger l'exécution directement au promettant. Imparfaite, la stipulation ne donnerait aucun droit au promettant d'exiger l'exécution de la créance, seul le stipulant pourrait intenter action.

La qualification de stipulation parfaite ou imparfaite dépend de l'accord des parties, de la nature du contrat et de son but, ainsi que l'usage, étant entendu que la volonté manifestée par le stipulant et le promettant a priorité sur l'usage et la nature du contrat (art. 112 al. 2 CO).

À cet égard, les auteurs susmentionnés ont examiné qui, en application du contrat, est habilité (voire tenu) de procéder à la déclaration du sinistre à l'assureur. Si cette incombance pèse sur la personne morale, ils en ont déduit que cette dernière, preneuse d'assurance, disposerait du droit exclusif de faire valoir le paiement d'indemnité ; la garantie serait alors une stipulation pour autrui imparfaite. Si la police ne précise pas qui doit procéder à l'annonce du sinistre, que cela peut être le fait aussi bien de la personne morale que des dirigeants assurés, les auteurs précités en ont déduit l'existence d'une stipulation pour autrui parfaite, conférant un droit propre au dirigeant bénéficiaire²².

Pour notre part, il nous semble que la question de l'ayant droit aux prestations d'assurance se détermine avant tout en fonction de l'intérêt à l'assurance ; si la garantie a été conclue dans l'intérêt des personnes assurées, ces dernières pourront faire valoir la prestation d'assurance. Or, compte tenu de sa nature et de sa vocation, qui porte sur la protection des intérêts patrimoniaux des personnes assurées, on devrait à tout le moins admettre l'existence d'une *présomption* dans ce sens. On pourrait envisager également l'existence de formes mixtes, à savoir une assurance pour compte d'autrui en tant qu'elle protège le patrimoine des personnes assurées en cas de réclamations de tiers, et une assurance pour propre compte si la garantie devait viser en même temps les intérêts de la société preneuse d'assurance.

b) Clauses de représentation

Certaines polices d'assurance D&O comprennent une clause de « *représentation* » prévoyant que le preneur, à savoir la société, « *agira* » au nom de tous les assurés. De telles dispositions posent un certain nombre de problèmes.

22 Au sujet de la stipulation pour autrui parfaite ou imparfaite dans l'assurance D&O, voir BUNDLE (n. 2), p. 71 ss, N 166 ss ; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3^{ème} éd., Berne 1995, p. 289.

27 En premier lieu, elles pourraient contredire d'autres clauses de la police, notamment celles qui prévoient que tout assuré peut procéder à la notification des réclamations ou encore les dispositions qui se rapportent à la gestion des sinistres et aux devoirs de coopération avec l'assureur, des obligations qui pèsent également sur tous les assurés.

28 De plus, une telle représentation ne paraît guère concevable lorsque la société agit contre son dirigeant pour le dommage qu'elle a subi.

29 D'une manière plus générale, il faut examiner les conditions de validité de ces clauses au regard des règles de représentation et la question des conséquences en cas de violation d'obligations ou d'incombances découlant du contrat d'assurance.

aa) La validité de la représentation

30 Le rapport de représentation n'affecte pas la qualité d'ayant droit. Selon les principes généraux, le représentant agit pour le compte du représenté et fait valoir les droits de ce dernier. Rapporté à notre cas, cela signifie que la société preneuse d'assurance, si elle représente l'assuré, agit pour le compte de ce dernier, lequel reste cependant titulaire des droits de la police.

31 Or la représentation suppose une relation entre le représenté et son représentant à l'origine du rapport de représentation (pouvoir de représentation, art. 33 al. 2 CO). Un tiers (dans notre cas l'assureur) qui n'intervient pas dans la relation entre le représenté (dirigeant assuré) et le représentant (la société preneuse d'assurance), ne saurait ordonner la représentation, à plus forte raison s'il n'a aucune relation avec le représenté.

32 Dans ces conditions, à défaut de rapport de représentation entre le preneur d'assurance et l'assuré, la validité juridique de dispositions contractuelles prévoyant la représentation des assurés nous paraît douteuse, en tout cas s'il faut reconnaître aux dirigeants assurés un droit propre à l'encontre de l'assureur. La situation pourrait certes se présenter différemment si la garantie revêt le caractère d'une stipulation pour autrui imparfaite ; en pareil cas, il appartiendrait, il est vrai, au stipulant (preneur d'assurance) de faire valoir les droits des personnes assurées à l'encontre de l'assureur ; la clause de représentation ne constituerait en réalité qu'une autre façon de dire que le preneur est titulaire des prétentions qui découlent de la police d'assurance.

33 Il est vrai que l'on pourrait envisager la clause de représentation comme un indice à l'appui d'une qualification de la garantie comme stipulation pour autrui imparfaite, cas échéant comme assurance pour propre compte. En tout état, seule une interprétation de la police en appli-

cation des principes généraux permettra de donner une réponse circonstanciée à cette question.

Reste que la question de l'ayant droit aux prestations d'assurance se détermine en fonction de la question de savoir à qui appartient l'intérêt à l'assurance²³, et si cet intérêt appartient aux personnes assurées, la validité d'une clause prévoyant que la société agit pour le compte des personnes assurées supposerait en tout cas l'existence d'un rapport de représentation entre la société et les personnes assurées.

bb) Violation des obligations contractuelles et des incombances par le preneur

Une source de conflit entre la personne morale et son dirigeant pourrait apparaître si l'assureur, en raison de la violation de certaines obligations ou incombances par le preneur, devait refuser ou réduire la prestation d'assurance, et qu'il en résulte un préjudice au détriment des dirigeants assurés.

De telles obligations ou incombances peuvent être en effet à la charge du preneur ou de l'ayant droit (cf. également le texte de l'art. 45 LCA : « *Lorsqu'une sanction a été prévue pour le cas où le preneur d'assurance ou l'ayant droit violerait l'une de ses obligations...* »).

La question est alors de déterminer à qui incombent les obligations et incombances. S'agissant d'obligations contractuelles, la réponse dépendra naturellement de la convention.

Si le contrat prévoit que les obligations et incombances sont à charge de l'ayant droit, il appartiendra à ce dernier (société preneuse d'assurance ou dirigeant assuré selon les cas) d'y veiller et d'assumer les conséquences d'une éventuelle violation.

La situation est plus délicate s'il résulte du contrat, d'une part, que la personne assurée est l'ayant droit et, d'autre part, que la société preneuse d'assurance (« *agira* ») doit intervenir pour le compte de la personne assurée. Selon la conception retenue en l'espèce, la validité juridique du procédé suppose que les conditions de l'art. 32 CO soient remplies. À défaut, la société n'agira pas valablement pour le compte de la personne assurée, si bien que les actes ou omissions de la première ne devraient pas être imputables à la seconde.

Aussi, le fait que la société ait violé certaines obligations contractuelles ou des incombances (par exemple l'annonce tardive du sinistre) ne devrait pas être imputable

²³ Voir ég. *supra* N18ss.

au dirigeant assuré. Du reste, le dirigeant assuré ne sera normalement pas à l'origine des clauses du contrat, lequel est conclu entre l'assureur et la société ; on ne saurait dès lors reprocher au dirigeant assuré de s'être fié aux termes de la police d'assurance et à la société, quand bien même il revêtirait qualité d'ayant droit aux prestations d'assurance. Autrement dit, et pour l'exprimer selon les termes de l'art. 45 LCA, l'ayant droit n'aurait commis dans ce cas aucune violation au caractère *fautif*.

- 41 Enfin, il faut envisager la situation dans laquelle le contrat impose des obligations contractuelles ou des incombances à charge de la société preneuse d'assurance à titre personnel, alors même que l'ayant droit aux prestations est la personne dirigeante assurée. Dans ce cas, la violation des obligations contractuelles par la société preneuse d'assurance serait imputable au dirigeant assuré, ayant droit aux prestations d'assurance ; cas échéant, ce dernier pourra se retourner contre la société preneuse d'assurance.

III. Couverture du risque assuré

1. Le risque et l'objet du risque

- 42 Le risque assuré, c'est la responsabilité civile de l'assuré. L'objet du risque, c'est le patrimoine privé de l'assuré. Cette dernière particularité classe cette forme d'assurance dans la catégorie des assurances de patrimoine.

2. Le principe de la couverture d'assurance

a) La règle générale

- 43 Le principe de la couverture est souvent formulé sous un titre intitulé « *Responsabilité des dirigeants – Personne assurée* » et peut reposer sur des formulations du type : « *L'assureur prendra en charge, en lieu et place de la personne assurée ou de la société (dans la mesure où cette dernière relève la personne assurée de sa responsabilité) le préjudice de fortune encouru par la personne assurée concernée en raison d'une réclamation consécutive à une faute professionnelle de sa part* ».
- 44 De telles formulations appellent les remarques suivantes :
- L'assurance couvre la responsabilité civile du dirigeant²⁴ ;
 - Elle garantit le patrimoine du dirigeant recherché, patrimoine susceptible d'être affecté par un préjudice de fortune en raison de l'obligation de réparer un dommage qu'il a causé²⁵ ;
 - On entend par préjudice de fortune, au sens des couvertures d'assurance D&O, les frais de défense et les dommages-intérêts pécuniaires résultant d'une

réclamation contre l'assuré, soit toute prétention visant à obtenir des dommages et intérêts en raison d'une faute professionnelle ;

- Si la personne assurée (le dirigeant) est personnellement tenue à la réparation du dommage, l'assureur, aux conditions de la couverture, prendra en charge le préjudice encouru par le responsable ;
- Si la société relève la personne assurée de sa responsabilité, l'assureur prendra en charge le préjudice de fortune en lieu et place de la société ;
- Enfin, les polices D&O peuvent aussi couvrir les cas dans lesquels la société envisage une action contre l'un de ses dirigeants. Lorsque la société formule une réclamation contre une personne assurée, le contrat d'assurance prévoit normalement que l'assureur ne pourra être tenu de communiquer au sujet de cette réclamation avec une autre personne assurée ou la société.

b) La société relève la personne assurée de sa responsabilité

La question peut se poser de savoir ce qu'il faut entendre par la formulation : « *la société relève la personne assurée de sa responsabilité* » et l'impact d'une telle disposition sur la garantie d'assurance.

La question se pose, tout d'abord, de savoir s'il existe, dans un cas déterminé, un engagement statutaire ou contractuel aux termes duquel la société s'engage à l'indemnisation des dirigeants à la suite d'une action qui aurait été dirigée contre eux. Si oui, il convient d'examiner si le dommage qui en découle pour la société tombe dans la couverture d'assurance. Tel sera le plus souvent le cas.

Il se peut aussi qu'il n'existe aucun engagement contractuel de cette nature, et que la personne morale décide, de façon ponctuelle, d'indemniser le dirigeant recherché en responsabilité. Nous partons de l'idée qu'un tel dommage serait également pris en charge par l'assureur, aux conditions de la couverture.

Enfin, il faut envisager la situation particulière prévalant lorsque l'action en responsabilité est formulée par la société contre son dirigeant. Si la société « *relève* » le dirigeant de sa responsabilité dans ce cas de figure, cela peut-il signifier qu'elle renonce aux dommages-intérêts à l'encontre de son dirigeant ? Pourrait-elle alors faire valoir le préjudice directement à l'encontre de l'assureur ? Une telle revendication serait-elle incluse dans la garantie d'assurance ?

Dans le même ordre d'idée, quel serait l'effet de la couverture si la société devait envisager l'action contre son dirigeant, alors qu'aux termes des relations qui prévalent entre les parties, elle serait tenue de libérer son dirigeant

24 BANDLE (n. 2), p. 153, N369.

25 HALLER (n. 2), p. 162, N385.

en cas d'action en responsabilité intentée contre lui ? Peut-on admettre dans cette hypothèse que la société obtienne de l'assureur la réparation du préjudice qu'elle a subi ?

50 Un tel résultat ne nous paraîtrait pas conforme à l'objectif poursuivi par les garanties D&O qui ne constituent pas prioritairement des assurances visant à protéger le patrimoine de la société, mais bien celui des dirigeants assurés.²⁶

3. Les limites de la couverture d'assurance

a) Couverture d'assurance

aa) Couverture spatiale

51 Les polices d'assurance D&O s'étendent généralement au monde entier²⁷. Les assureurs adoptent néanmoins une approche prudente à l'égard de l'Amérique du Nord, réservant un traitement particulier aux « *US claims* »²⁸, expression qui désigne les demandes présentées devant les juridictions nord-américaines (États-Unis et Canada) ou qui sont fondées sur le droit américain ou canadien²⁹. Cette réserve est imposée par l'exposition au risque qui résulte de l'activisme judiciaire prévalant dans ces pays, notamment en ce qui concerne les « *punitive damages* ».

52 Certaines compagnies d'assurance suisses excluent parfois les États-Unis et le Canada de leur couverture par le biais d'une clause territoriale spécifique³⁰, ce qui n'entraîne toutefois pas systématiquement une exclusion totale des « *US claims* » ; cela peut se traduire simplement par l'adoption de conditions plus restrictives pour ce type de réclamations³¹. Quant aux compagnies d'assurance américaines, elles offrent généralement une couverture mondiale pour ce type de risques³².

bb) Étendue temporelle de la couverture

53 Un contrat d'assurance n'est pas établi pour une durée indéterminée ; il naît et expire à des dates précises³³. De nature successive, le contrat d'assurance étend ses effets

26 Voir ég. infra N 69.

27 BIANCHI DELLA PORTA / JACCARD (n. 1), p. 71 ; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5^{ème} éd., Zurich 2022, p. 1902, N 876, qui souligne la nécessité de clarifier, dans des cas concrets, si l'assurance D&O fournie par un assureur suisse couvre les demandes fondées sur le droit américain.

28 BUNDLE (n. 2), p. 275, N 660 ; BIANCHI DELLA PORTA / JACCARD (n. 1), p. 72.

29 BIANCHI DELLA PORTA / JACCARD (n. 1), p. 72.

30 ROUILLER / BAUEN / BERNET / LASSERRE ROUILLER (n. 3), p. 692, N 605 ; BUNDLE (n. 2), p. 275 ss, N 660 ss.

31 BUNDLE (n. 2), p. 276, N 660 ; BIANCHI DELLA PORTA / JACCARD (n. 1), p. 72, illustrent le cas d'une éventuelle limitation des prestations assurées, l'imposition de primes supplémentaires, ou une franchise accrue.

32 ROUILLER / BAUEN / BERNET / LASSERRE ROUILLER (n. 3), p. 692, N 605.

33 BUNDLE (n. 2), p. 278, N 668.

dans le temps, et la durée de la couverture est fixée par les termes du contrat lui-même.

Les polices d'assurance D&O sont généralement souscrites pour une durée limitée d'un an, exceptionnellement deux ans, avec une évaluation annuelle du risque au sein de la société preneuse d'assurance, incluant le renouvellement du questionnaire par l'assureur D&O³⁴. Le contrat prévoit parfois un renouvellement automatique de la police, avec une possibilité de résiliation de part et d'autre moyennant un préavis de trois mois, notamment pour les PME³⁵. Ce renouvellement automatique intervient par périodes d'un an, conformément à l'art. 47 LCA qui ne permet pas de prolongation tacite plus longue.

b) Le principe « *claim made* »

Le champ temporel de l'assurance responsabilité civile des organes est délimité par le principe de la réclamation ou demande de réparation³⁶, également connu sous l'appellation « *claims made* ». Ce système subordonne la couverture à la condition que la réclamation ou la demande de réparation soit formulée contre l'assuré pendant la durée du contrat³⁷.

Originaire du marché de l'assurance anglo-américain, le principe « *claims made* » s'est répandu dans le domaine de l'assurance de la responsabilité civile couvrant les préjudices de fortune purs, par conséquent dans l'assurance D&O également³⁸.

En soi, peu importe quand s'est produit l'acte à l'origine de la réclamation, pour autant cependant que le preneur ou l'assuré n'ait pas eu connaissance ni n'aurait pu avoir connaissance, au moment de la conclusion du contrat d'assurance, d'actes ou d'omissions susceptibles d'engager la responsabilité d'une personne assurée.

Le principe est jugé admissible par le Tribunal fédéral qui a pu rappeler à cet égard qu'« *Il s'agit avant tout d'éviter le risque qu'une personne non assurée consciente d'avoir commis une faute conclue un contrat d'assurance entre la date du dommage et celle de la réclamation du lésé. (...) Une telle disposition (i.e. qui fixe le moment de la réclamation au moment où l'assuré peut s'attendre à ce qu'une réclamation soit formulée) (...) en même temps qu'elle définit le moment*

34 VON ARX (n. 10), p. 94 ; BÖCKLI (n. 27), p. 1903, N 876c ; THIERRY LUTERBACHER, Wie weit geht der Schutz einer D&O Versicherung im Verantwortlichkeitsrecht ?, in : Weber/Isler (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 137.

35 VON ARX (n. 10), p. 94 ; LUTERBACHER (n. 34), p. 167 ss.

36 Soit en allemand « *Anspruchserhebungsprinzip* ».

37 BUNDLE (n. 2), p. 290 s., N 697 ; BIANCHI DELLA PORTA / JACCARD (n. 1), p. 70.

38 VON ARX (n. 10), p. 92.

de la réclamation, (...) renforce l'importance des faits et du critère objectif; cette «objectivation» ne laisse à l'assuré aucune latitude pour influencer le moment de la réclamation, de sorte qu'il ne subsiste aucun risque de fraude»³⁹.

59 La notion de «claim» est souvent définie par le contrat lui-même; elle fait normalement l'objet d'une conception large: une simple lettre exprimant une demande à l'organe de la société et contenant une allégation de responsabilité à l'encontre du dirigeant assuré est généralement considérée comme suffisante⁴⁰.

60 Des aménagements visant à assouplir les conséquences strictes de ce système dit de la «réclamation», laquelle doit être formulée pendant la période de couverture, sont envisageables⁴¹. Il est par exemple possible de convenir d'une extension de la période permettant l'annonce d'une réclamation au-delà de la durée contractuelle⁴².

IV. Quelques exclusions caractéristiques

61 Nous ferons état des actes intentionnels et de la faute grave, puis des clauses qui excluent les conséquences de «Professional Services», ainsi que de l'exclusion qui concerne l'activité comme organe d'un plan de prévoyance professionnelle.

1. L'acte intentionnel et la faute grave

a) Bref rappel de quelques généralités

62 L'art. 14 LCA vise le règlement des conséquences juridiques découlant d'un comportement du preneur d'assurance ou de l'ayant droit qui aurait provoqué le sinistre, ou qui aurait contribué à la survenance de celui-ci, ou encore qui aurait exercé une influence sur l'ampleur du dommage qui en résulte.

63 L'art. 14 al. 1 LCA règle les suites d'un sinistre intentionnel.

64 Selon les conceptions admises⁴³, la notion d'intention au sens de l'art. 14 al. 1 LCA vise le dessein et le dol, au sens du droit pénal, mais non pas le *dol éventuel* (à savoir la si-

tuation dans laquelle l'auteur envisage le résultat comme possible, comptant que ce résultat ne se réalisera pas, tout en s'accommodant de ce résultat dans l'hypothèse où il se réaliserait); en principe, et selon la doctrine majoritaire, une telle hypothèse relève de la *faute grave*, au sens de l'art. 14 al. 2 LCA⁴⁴.

Selon certains auteurs, le caractère dispositif de l'art. 14 al. 1 LCA permet cependant aux assureurs de prévoir une exclusion de couverture pour les sinistres qui résultent d'un comportement relevant du *dol éventuel*, assimilant, au sens du contrat d'assurance, le dol éventuel à l'acte intentionnel⁴⁵.

L'art. 14 al. 4 LCA concerne les sinistres causés par faute légère du preneur d'assurance ou de l'ayant ou encore d'une personne dont répond le preneur d'assurance ou l'ayant droit. Au contraire des précédentes normes, l'art. 14 al. 4 LCA revêt un caractère *semi-impératif*, si bien que les parties ne peuvent y déroger au détriment du preneur d'assurance (art. 98 LCA).

S'il est admis que l'art. 14 al. 4 LCA impose la prise en charge des conséquences de comportements qui peuvent être qualifiés de *faute légère*, la question est toutefois discutée de savoir si, nonobstant le caractère impératif de l'art. 14 al. 4 LCA, l'assureur est en droit de prévoir des exclusions qui découleraient de violations de prescriptions formulées sans référence expresse à une faute, mais qui se rapporteraient plutôt à certains *comportements* («*verhaltensbezogen und verschuldensneutral*»), comme cela pourrait être le cas de l'application de certaines prescriptions administratives. La plupart des auteurs jugent de telles exclusions admissibles, admettant qu'elles prévalent le cas échéant sur l'art. 14 al. 4 LCA. Dès l'instant cependant où la violation suppose un comportement fautif, les limites de l'art. 14 al. 4 LCA doivent s'imposer⁴⁶.

À noter pour terminer ce rappel que certains auteurs considèrent que lorsque l'assurance porte sur une personne tierce, les biens ou le patrimoine d'un tiers, le comportement de ce tiers (assuré) devrait pouvoir être imputé au preneur d'assurance, au titre de l'art. 14 LCA⁴⁷.

b) Dans les assurances D&O

Le contrat d'assurance exclut généralement de la garantie les préjudices de fortune découlant d'une faute professionnelle commise intentionnellement.

39 Arrêt du Tribunal fédéral 5C.237/2001 du 11 janvier 2002, consid. 1b à 3c.

40 BIANCHI DELLA PORTA / JACCARD (n. 1), p. 71; THOMAS MANNSDORFER, Die sonstigen, übrigen oder allgemeinen Bestimmungen in der D&O-Versicherung, REAS 2010, p. 234; BANDLE (n. 2), p. 289, N 694.

41 STEPHAN FUHRER, Zum versicherten Ereignis in Claims-made-Policen, eine Replik zum Aufsatz von Christoph Frey und Marlen Eisenring, Schadenminderung in der D&O-Versicherung (HAVE 2013, 208-220), REAS 2014, p. 102.

42 HALLER (n. 2), p. 165, N 390.

43 MARCEL SÜSSKIND, in: Grolimund/Loacker/Schnyder, Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, 2^{ème} éd., Bâle 2023, art. 14 N 23 (cit. BSK VVG-AUTEUR-E).

44 Cf. p. ex. BSK VVG-SÜSSKIND, art. 14 N 24.

45 «... der Absicht gleichgestellt...»; cf. BSK VVG-SÜSSKIND, art. 14 N 70.

46 Cf. p. ex. BSK VVG-SÜSSKIND, art. 14 N 73.

47 Cf. dans ce sens BSK VVG-SÜSSKIND, art. 14 N 32 et les références.

70 Comme rappelé plus haut, l'intention au sens de l'art. 14 al. 1 LCA n'inclut pas le dol éventuel⁴⁸. Si donc l'intention, au sens du contrat d'assurance, doit être entendue au sens de la LCA, les conséquences du dol éventuel ne seraient pas exclues de la couverture d'assurance.

71 Reste que si l'exclusion s'inscrit au chapitre des « crimes et délits » intentionnels, comme cela se rencontre en pratique parfois, la disposition du contrat qui s'y rapporte renverrait alors aux notions du *droit pénal*. Or ce dernier considère le dol éventuel au titre des infractions intentionnelles, ce qui conduirait à son exclusion de la couverture d'assurance.

2. Exclusions pour les services professionnels

72 Les polices D&O prévoient souvent une exclusion de la responsabilité de l'assureur pour toute réclamation en relation avec l'exécution ou l'inexécution de services professionnels ou de prestations à l'appui de ces services.

73 De telles clauses renvoient à la distinction, courante dans les assurances D&O, entre les activités dirigeantes et celles qui relèvent des tâches opérationnelles.

a) Justification de l'exclusion

74 L'assurance D&O vise à couvrir la responsabilité des mandataires sociaux dans la mesure où ces derniers sont recherchés pour une faute commise en leur qualité d'organe dirigeant, en violation notamment de l'art. 754 CO. On vise à ce titre, en particulier, l'omission de prise de décision ou de mesures nécessaires sur le plan stratégique, opérationnel ou financier, la présentation erronée de la situation financière de l'entreprise, une politique d'investissement ou d'expansion illicite ou imprudente, la violation de prescriptions comptables ou de prescriptions légales relatives au surendettement⁴⁹.

75 En revanche, les assurances D&O ne sont pas conçues pour garantir des risques susceptibles de tomber dans le champ d'autres garanties d'assurance, comme l'assurance responsabilité professionnelle *générale* ou l'assurance de la responsabilité civile d'entreprise. Les polices d'assurance D&O comprennent d'ailleurs souvent une exclusion expresse portant sur le risque de responsabilité civile professionnelle⁵⁰.

48 Voir *supra* N 62 ss.

49 P. ex. RENÉ BECK, Responsabilité civile II : Assurance de la responsabilité civile, 2^{ème} éd., Zurich 2017, p. 342. Cf. GERT BRÜGGEMEIER, Unternehmenshaftung/Enterprise Liability. Eine europäische Perspektive ?, REAS 2004, p. 162 ss, N 173.

50 P. ex. ROBERT MERKIN, Colinvaux's Law of Insurance, 12^{ème} éd., Londres 2019, N 21-265 : « contract claims are regarded as excluded » ; cf. également *Tesco Stores Ltd v Constable* [2008] *Lloyd's Re. I. R.* 636 sur la distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité

76 Quant à elle, la doctrine anglo-saxonne rappelle que les conséquences de la violation de contrat font souvent l'objet d'exclusion de la couverture D&O⁵¹.

77 Pour le dire de manière positive, le risque couvert porte sur la couverture des pertes financières subies par la société, les actionnaires ou les tiers du fait des « décisions des dirigeants »⁵². Aussi les réclamations en relation avec les services professionnels, dans la mesure où ces derniers ne ressortissent pas aux activités typiques du dirigeant, sont-elles souvent exclues de la garantie D&O.

b) Le champ de l'exclusion visant les « Professional Services »

78 Nous l'avons déjà mis en évidence, l'exclusion des « Professional Services » est courante dans les polices D&O souscrites aux États-Unis et en Grande-Bretagne. Par ailleurs, nous avons également rappelé plus haut que les polices D&O ont vu le jour sur le marché des *Lloyd's* où elles se sont d'abord développées, avant de s'étendre sur le continent et d'apparaître en Suisse dans les années 1980⁵³.

79 Il se justifie dans ces conditions de procéder à une revue (sommaire) de la manière dont les tribunaux anglo-saxons entendent l'exclusion figurant dans les assurances D&O pour les réclamations découlant de la violation de « Professional Services ».

3. Aperçu de la jurisprudence anglo-saxonne

80 Dans un arrêt *HotChalk, Inc. v. Scottsdale Insurance Company* du 4 juin 2018⁵⁴, le problème s'est posé en relation avec une réclamation formulée contre une société (*HotChalk*) qui avait fourni des prestations à des universités portant sur l'introduction de formations en ligne. La rémunération des collaborateurs de la société recherchée était dépendante du succès dans le recrutement des étudiants au sein des facultés.

81 Il a été allégué que la société avait violé des dispositions légales relatives au recrutement d'étudiants, faisant notamment bénéficiaire, de manière non conforme, certains

contractuelle, laquelle était exclue par la police qui avait fait l'objet de ce jugement.

51 « Any claims which arises from a breach of a professional duty to a client or customer of the company, or other third party who relies on the director's or officer's advice, design, specification or other professional services, will be generally excluded. These risks should be covered by appropriate professional negligence insurance policies. » ; cf. OZLEM GÜRSES, *The Insurance of Commercial Risks*, Londres 2017, N 8-054.

52 JEAN BIGOT / JÉRÔME KULLMAN / LUC MAYAUX, *Les assurances de dommages*, Traité de droit des assurances, Paris 2017, p. 844, N 2074.

53 BIGOT/KULLMAN/MAYAUX (n. 52), p. 809, N 2002 ss ; MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN / MARC BAUEN, *Le conseil d'administration*, 2^{ème} éd., Zurich 2017, p. 389 ss, N 1008 ss.

54 *HotChalk, Inc. v. Scottsdale Insurance Company*, No. 16-17287 (9th Cir. 2018).

d'entre eux, ainsi que les universités, d'aides financières de l'État.

82 Tandis que la société a fait valoir qu'il s'agissait là d'une problématique qui se rapportait à la manière dont ses affaires étaient conduites et que, par conséquent, il ne s'agissait pas de services professionnels, la Cour a jugé, au contraire, qu'il fallait admettre que la réclamation à l'égard de la société recherchée était en lien avec des services professionnels.

83 La Cour n'a pas fondé son jugement sur le modèle de rémunération ; elle a considéré bien plutôt que la responsabilité de la société recherchée découlait du fait que ses activités avaient permis à des étudiants et des universités d'obtenir des aides étatiques auxquelles ni les premiers ni les secondes ne pouvaient prétendre⁵⁵.

84 Dans ces conditions, il s'agissait bien, de l'avis de la Cour, de services professionnels, lesquels étaient exclus de la couverture d'assurance.

85 L'arrêt *Chubb Insurance Company of Australia Limited v Robinson* [2016], FCAFC 17, fait état de la situation d'un dirigeant jugé civilement responsable d'un dommage en relation de causalité avec des déclarations statutaires inexactes portant sur le paiement d'employés, de sous-traitants et de fournisseurs dans un projet de construction. La Cour a été appelée à statuer sur la question de savoir si la réclamation fondée sur cette déclaration erronée, émise à l'attention du propriétaire par un représentant de la société chargé de la gestion du projet de construction, était en relation avec un « *service professionnel* » rendu par ce dernier.

86 Selon la Cour :

- La formulation « *Professionnel Services* » doit faire l'objet d'une interprétation étroite⁵⁶ et ne correspond pas nécessairement à la notion telle qu'elle est comprise dans l'assurance de la responsabilité civile professionnelle (*PI Insurance*) ;
- La notion doit être interprétée également à la lumière de l'objectif poursuivi par la police d'assurance, laquelle visait, dans le cas particulier, à protéger les organes exécutifs des conséquences de leur responsabilité dans l'exécution des tâches qui leur incombent ;

55 « We hold that the claims at issue in the FCA Lawsuit clearly arose out of HotChalk's professional services. The claims against HotChalk alleged that it caused false claims to be submitted to the Department of Education ("DOE"), thereby defrauding the federal government. HotChalk's alleged liability was not merely a matter of its employee compensation, as HotChalk argues. Rather, HotChalk's alleged liability derived from the fact that its professional services caused ineligible students and ineligible universities to submit claims for federal financial aid to the DOE. As a result, the liability arose out of HotChalk's rendering of professional services and was therefore excluded from coverage ».

56 Anglais de « *narrow interpretation* ».

- L'interprétation d'une clause d'exclusion ne saurait vider une garantie d'assurance de son essence et de son utilité ;
- La notion de service professionnel doit être comprise dans le sens d'un service professionnel rendu au travers de la mise en œuvre de compétences et de facultés de jugement caractéristiques d'une discipline habituellement considérée comme une « *profession* »⁵⁷ ;
- La déclaration de l'organe en question ne remplissait pas ces critères en l'occurrence, en particulier dans la mesure où l'activité de gestion de projet, de l'avis de la Cour, n'était pas considérée comme une véritable profession à l'époque des faits (2010-2011)⁵⁸.

Dans un jugement *Atlantic Healthcare v. Argonaut*, rendu le 27 janvier 2021⁵⁹, la question s'est posée sous l'angle d'une réclamation émise par les héritiers d'un patient d'un établissement de soins fondée sur une violation alléguée des obligations de ses organes dirigeants ; ces derniers auraient géré l'établissement de façon à générer un profit aussi élevé que possible, ce qui aurait conduit notamment à une dotation insuffisante en personnel soignant et au paiement de salaires plus élevés que la norme du marché.

La Cour a jugé, en particulier, que les décisions relatives à la conduite des affaires ne relèvent pas des « *services professionnels* » et qu'une réclamation y relative est susceptible de tomber dans le champ de la couverture d'une assurance D&O.

Dans un jugement *Crum & Forster Speciality Insurance Company v. DVO*, du 23 septembre 2019⁶⁰, la question a été posée sous l'angle d'une assurance RC professionnelle (*PI Insurance*). Les Juges ont été appelés à statuer sur l'interprétation d'une clause d'exclusion visant « *any claim or suit based upon or arising out of breach of contract ...* ».

À nouveau, les Juges ont été habités par le souci de veiller à ce que l'interprétation ne vide pas la garantie de son sens et de son utilité, alors qu'une telle assurance a précisément pour but d'assurer les professionnels pour les

57 « *it seems to us that the expression "professional services" in the relevant exclusion clause in the present case means services of a professional nature furnished by RBG or one of its subsidiaries involving the application of skill and judgment by the person or persons who carried out the relevant activities on behalf of RBG or one of its subsidiaries being services which fall within the scope of a vocational discipline which is generally regarded as a profession* », cf. § 150.

58 « *First, as we have already held, Chubb did not establish that project management was a profession in 2010 or in 2011. For that reason, it also failed to establish that the provision of project management services constituted the rendering of professional services within the relevant exclusion in the D&O policy* », cf. § 162.

59 *Atlantic Health Care Center LLC v. Argonaut Ins. Co.*, 2021 WL 266281 (SD. Fla. Jan. 27, 2021).

60 *Crum & Forster Speciality Insurance Co. v. DVO, Inc.*, No. 18-2571 (7th Cir. 2019).

prestations fournies par contrat ; la couverture devrait donc être interprétée de manière à répondre aux attentes légitimes du preneur d'assurance [« *reasonable expectations* »] ; et les Juges de préciser : « *that coverage would be afforded for claim by clients for errors and omissions in the performance of professional services under contract* » (...); « *In determining the reasonable expectation of the insured, we consider the intended role of the coverage. (...) "[T]he nature and purpose of the policy as a whole have an obvious bearing on the insured's reasonable expectations as to the scope of coverage ..."* (...). *As we noted earlier, "[a]n errors-and-omissions policy is professional-liability insurance ... designed to insure members of a particular professional group from liability arising out of the special risk such as negligence, omissions, mistakes and errors inherent in the practice of the profession* »⁶¹.

91 Une telle conception pourrait également prévaloir dans le contexte d'une assurance D&O qui exclut de la couverture les « *Professional Services* ».

92 Il résulte donc de cette revue sommaire, notamment :

- Que la formulation « *Professional Services* » doit faire l'objet d'une interprétation étroite⁶² et ne correspond pas nécessairement à la notion telle qu'elle est comprise dans l'assurance de la responsabilité civile professionnelle (*PI Insurance*) ;
- Que la notion doit être interprétée également à la lumière de l'objectif poursuivi par la police d'assurance ;
- Que l'interprétation d'une clause d'exclusion ne saurait vider une garantie d'assurance de son essence et de son utilité ;
- Que la notion de service professionnel doit être comprise dans le sens d'un service rendu au travers de la mise en œuvre de compétences et de facultés de jugement considérées comme caractéristiques d'une discipline habituellement considérée comme une « *profession* » ;

61 *Crum & Forster Speciality Insurance Co. v. DVO, Inc.*, No. 18-2571 (7th Cir. 2019), p. 11.

62 Traduction en anglais de « *narrow interpretation* ».

- Que les décisions relatives à la conduite des affaires ne relèvent pas des « *services professionnels* ».

4. Exclusion pour les activités exercées comme organe d'une fondation de prévoyance

À noter les actes ou omissions en qualité d'organe d'un plan de prévoyance professionnelle en faveur des employés de la société sont le plus souvent exclus de la couverture. Or, il est courant que les organes d'une société soient également membres du conseil d'une fondation de prévoyance ; il peut en découler une lourde responsabilité. La question de la couverture de ce risque-là peut se poser par conséquent.

V. La prescription

Comme toute assurance de la responsabilité, l'assurance D&O peut comprendre deux catégories de prestations : la défense contre les prétentions injustifiées (protection juridique) et la prise en charge des revendications justifiées.

L'art. 46 al. 1 LCA prévoit un délai de prescription de cinq ans à compter du « *fait d'où naît l'obligation* » (*dies a quo*). S'agissant d'assurance de la responsabilité, le fait d'où naît l'obligation est différent selon que la prestation d'assurance porte sur la défense ou sur la prise en charge des revendications justifiées⁶³.

En matière de défense, le fait d'où naît l'obligation est fixé au moment où apparaît le besoin de protection juridique, soit généralement au moment où se profile (« *sich abzeichnet* ») la confrontation juridique entre l'assuré et le tiers. S'agissant des dommages et intérêts, le délai de prescription commence à courir au moment où est fixée l'obligation du responsable (transaction ou jugement)⁶⁴.

63 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_22/2022 du 21 février 2023, consid. 5.2.

64 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_22/2022 du 21 février 2023, consid. 5.2.2.

Abstract

Eine Führungsposition auszuüben bedeutet auch, sich Haftungsansprüchen auszusetzen. Die Organhaftpflichtversicherung (D&O-Versicherung) dient dem Schutz des Privatvermögens der Führungskräfte. In einem von Unsicherheit geprägten Umfeld bedeutet ihr Schutz auch den Schutz dessen, was sie leiten. Hinter dem Vermögensschutz, den diese Versicherungsformen bieten, stehen Prinzipien, die aus dem angloamerikanischen Rechtsraum stammen, in dem Versicherungen in der Regel vom Unternehmen abgeschlossen werden und auf dem Prinzip der «claims made» basieren, was wichtige praktische Fragen aufwirft. Zu diesen gehören unter anderem die Bestimmung des Anspruchsberechtigten in Verbindung mit dem Versicherungsinteresse, Vertretungsklauseln und Ausschlussklauseln, insbesondere für «professionelle Dienstleistungen», die eine sorgfältige Lektüre erfordern, um die Wirksamkeit der Garantie zu gewährleisten.