

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

HA 301

FACULTE DE DROIT

UNIVERSITÉ CATH. DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

BIBLIOTHÈQUE

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

41425

La R.C. Mandataires sociaux, catégorie
récente et originale du droit des assu-
rances de responsabilités.

par Serge MAUCQ

Doc. 83/13

12

TABLE DES MATIERES

	pages
INTRODUCTION	1.
SECTION 1. Remarques générales préliminaires	3.
SECTION 2. Les parties contractantes - Les assurés	6.
A. L'assureur	6.
B. Partie souscriptrice	6.
C. Personnes assurées	9.
SECTION 3. Les risques couverts	12.
SECTION 4. Les sinistres couverts	14.
1. La détermination de la date exacte du sinistre	16.
2. Les sinistres sériels	16.
3. Les fautes continues	16.
SECTION 5. La déclaration du risque	17.
SECTION 6. La modification du risque	23.
SECTION 7. Les limites de la garantie	25.
A. Limitation "ratione personnae" quant aux assurés	25.
B. Limitation "ratione personnae" quant aux victimes	25.
C. Limitation "ratione qualitatis"	26.
D. Limitation et extension de garantie "ratione temporis"	27.
- Antériorité	28
- Postériorité	29.
E. Limitation "ratione loci"	30.
F. Limitation "ratione summae"	30.
G. Limitation "ratione materiae"	32.
1. Exclusions classiques	33.
2. Exclusions expliquées par la nature de l'assurance R.C. professionnelle	38.
3. Exclusions motivées par des raisons commerciales	39.
4. Exclusions justifiées par la spécificité du risque couvert	40.
5. Cas particuliers	41.
6. Principe de la personnalité d'exclusion	42.

SECTION 8. Obligationsdu souscripteur et des assurés	43.
A. Paiement de la prime	43.
B. Déclaration du sinistre et collaboration générale	43.
C. Clause de direction du procès	44.
D. Reconnaissance de responsabilité	45.
E. Subrogation de l'assureur	45.
F. Droits des tiers	46.
SECTION 9. La fin du contrat	47.
SECTION 10. Problèmes particuliers	49.
A. Pluralité de polices	49.
B. Renouvellement du contrat	50.
C. Obligations survivant au contrat	50.
D. Dispositions générales	51.
E. Calcul de la prime	51.
CONCLUSIONS GENERALES	52.

INTRODUCTION

Les fonctions exercées par les mandataires sociaux se situent au carrefour d'intérêts souvent légitimes mais toujours contradictoires. Le principal corollaire de cette constatation se concrétise dans la responsabilité "multiforme" qu'ils peuvent encourir vis-à-vis de la société, des actionnaires et des tiers, notamment les créanciers de la société.

Les principes qui gouvernent le régime de leur responsabilité ne peuvent être évoqués sans être replacés dans le contexte des grandes orientations du droit des sociétés et de la responsabilité civile.

A cet égard, se manifestent, d'une part, l'interventionnisme croissant du législateur, qui multiplie les règles gouvernant la responsabilité des mandataires sociaux dont l'effet est notamment d'atténuer le principe de la responsabilité limitée et, d'autre part, une sévérité accrue des cours et tribunaux dans l'appréciation des comportements prétendument fautifs des "professionnels".

La responsabilité des mandataires sociaux a des fondements divers : responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle, textes particuliers ou droit commun, responsabilités pouvant être engagées à tout moment ou seulement en cas de faillite (1).

Citons notamment la responsabilité contractuelle générale des mandataires sociaux vis-à-vis de la société définie par les L.C.S.C., leur responsabilité vis-à-vis de la société et des tiers en cas d'infraction aux L.C.S.C. et aux statuts, leur responsabilité quasi-délictuelle classique vis-à-vis des tiers, et éventuellement vis-à-vis de la société, et enfin leur responsabilité spéciale en cas de faillite vis-à-vis des tiers.

(1) C'est pourquoi l'assignation en justice devra préciser très clairement le(s) fondement(s) de l'action et la qualité des demandeurs. Pour un cas d'irrecevabilité de l'action en justice pour "obscuri libelli", voyez tr. 1^o Inst. Courtrai, 27 septembre 1979, R.P.S., 1980 p. 70.

L'analyse de ces textes légaux et l'étude de la jurisprudence mettent en évidence les règles strictes qui gouvernent le comportement des mandataires sociaux et donc le "risque" de voir leur responsabilité engagée.

Les mandataires sociaux vont tenter de se prémunir, autant que faire se peut, contre ce risque, à savoir les conséquences de leurs fautes, matérialisées par les dommages occasionnés à la société mandante et aux tiers. La formule qui permettra de pourvoir le plus adéquatement à ce besoin est la technique de l'assurance.

L'objet essentiel de cette étude consistera à étudier de manière critique les principales polices existant sur le marché belge et à proposer une formule protégeant efficacement les mandataires sociaux assurés.

SECTION 1. - REMARQUES GENERALES PRELIMINAIRES

A. - Cette étude n'est pas détachable de son environnement juridique.

Les règles fondamentales du droit des assurances de responsabilité seront régulièrement rappelées (1).

- (1) Ce domaine est certainement l'un des plus récents du droit des assurances. La loi du 11 juin 1874 sur les assurances en général n'évoque que très succinctement les assurances de responsabilités. Toutefois, certains principes généraux y énoncés sont applicables aux assurances de responsabilité. Des législations plus récentes réglementent certaines branches telles que la R.C. auto, mais ce mouvement n'est pas généralisé.
- Progressivement, c'est la doctrine qui a systématisé les règles particulières qui régissent les assurances de responsabilité. A cet égard : pour un exposé synthétique en droit belge, citons FONTAINE M., *Droit des assurances*, Larcier, 1975, spécialement les pages 151 à 165 ; VAN DER MEERSCH P., *L'assurance de la responsabilité civile professionnelle*, in *Responsabilités professionnelles et assurance des risques professionnels*, ADLv, Larcier, 1975, pp. 254 et s. Mentionnons également l'ouvrage déjà ancien de JANSSENS-BRIGODE A., *L'assurance de responsabilité*, Bruxelles, Larcier, 1961.
- Pour le droit français, BRIERE DE L'ISLE G., *Responsabilité et assurance*, in *Journal des Notaires et avocats*, Nouveau répertoire commaille, 1980, pp. 103 et s. ; COCRAL F., *Les responsabilités civiles diverses et le contrat d'assurance*, L'assurance française, Paris, 1980 ; DEPRIMOZ J., *La R.C. découlant des activités exercées dans le cadre des professions libérales et son assurance*, R.G.A.T., 1974, p. 144 ; DEPRIMOZ J., *Les assurances de responsabilité civile générale des 16 pays d'Europe*, Paris, CEA, 1979 ; LAMBERT-FAIVRE Y., *Réflexions sur la nature juridique des assurances de responsabilité*, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, pp. 193 et s. ; LAMBERT-FAIVRE Y., *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 1982 ; MARGEAT H., *Conférence sur l'évolution des idées et de la jurisprudence en assurances responsabilité civile*, L'assurance française, 1979, p. 124 et l'Argus, 1979, p. 593 ; PICARD M. et BESSON A., *Les assurances terrestres*, Tome Premier, *Le contrat d'assurance*, Paris, L.G.D.J., 1982, spécialement les pages 517 et s.

B. - Nous remarquerons que, si la couverture de ce risque est un phénomène récent et original, à de nombreux points de vue, les formules proposées ne sont pas imprégnées de certaines idées novatrices qui se sont concrétisées dans d'autres branches : protection accentuée de la victime par la généralisation de l'action directe et du régime de l'inopposabilité des exceptions, instauration d'un système d'assurance obligatoire (1) etc...

C. - Nous ne trouverons pas non plus de "conditions générales-type", même si certaines lignes de force apparaissent dans les différentes polices étudiées (2) (3).

D. - Les responsabilités couvertes sont professionnelles et se rattachent aux activités de sociétés commerciales. Plusieurs conséquences sont à en tirer :

1) Une ligne de partage nette entre, d'une part, les risques assurables et, d'autre part, le risque d'entreprise ou "professionnel" (4) qui doit rester à la charge de celui qui tire profit de son activité commerciale ou professionnelle, est rigoureusement nécessaire.

(1) En France, un arrêté du 13 mars 1972 prévoit les conditions minimales d'assurance des commissaires aux comptes qui doivent obligatoirement souscrire un contrat.

(2) Il s'agit notamment des compagnies "Royale Belge", "AG", "Assubel", "Josi et New Hampshire" (en coassurance).

(3) DABIN L., La responsabilité civile des administrateurs de sociétés et l'assurance, J.T., 1980, p. 253.

(4) L'activité commerciale sensu lato implique par nature l'existence d'aléas divers : succès de tel produit, concurrence, ... Il ne peut être question de couvrir par une assurance le risque d'échec à cet égard.

2) La difficulté de trouver une définition satisfaisante de la faute professionnelle.

En effet, les activités assurées sont généralement des services faisant souvent appel à l'intelligence, la connaissance, l'habileté. Il s'agira tantôt de la réalisation de tâches techniques, tantôt d'informations et de conseils.

Le risque couvert a des contours flous : oublis, imprudences, erreurs de conception ou de réalisation, négligences à accomplir certains actes ou formalités jugés nécessaires selon la loi, mauvaise qualité du conseil, défaut ou insuffisance d'information préalable, etc...

Le fait générateur de la responsabilité est donc le comportement fautif de l'assuré. Des notions classiques comme celle d'accident se révèlent largement inadéquates.

3) Le contrat d'assurance R.C. professionnelle laisse encore une très large place à la négociation, véhicule un caractère "intuitu personnae" très marqué et échappe donc au phénomène de l'extension du phénomène du contrat d'adhésion, l'une des originalités du droit contemporain des contrats et notamment des assurances.

4) L'assurance R.C. professionnelle a un caractère "juridique" très marqué. De multiples contestations surgiront quant à l'appréciation de la faute et à l'évaluation du dommage. Il en découlera notamment la nécessité d'une collaboration constante entre assureur et assuré, qui se concrétisera par des clauses contractuelles diverses.

5) La matière est propice aux "conflits-frontières" entre contrats d'assurance de responsabilité.

SECTION 2. - LES PARTIES CONTRACTANTES - LES ASSURES

A. L'assureur

Le contrat identifie clairement la compagnie émettant le contrat d'assurance. Certaines polices traitent des compagnies qui ont souscrit le contrat. C'est le cas assez fréquent de la coassurance qui est visé. D'autres clauses contractuelles explicitent ce régime :

- en excluant expressément la solidarité entre coassureurs (celle-ci pourrait être présumée notamment par l'émission d'une quittance unique).
- en chargeant la compagnie apéritrice des contrats réguliers avec les clients (Référence est faite à un contrat de mandat entre les coassureurs. Il s'agit d'un mandat général).

B. Partie souscriptrice

Diverses raisons qui seront explicitées au paragraphe C ont poussé les compagnies à assurer globalement les administrateurs. Mais le groupe des administrateurs étant une entité fluctuante, il faut trouver une partie souscriptrice relativement permanente. A cet égard, l'on peut songer à deux formules : la souscription du contrat par la société ou par un administrateur agissant au nom de tous les autres.

Toutefois, certaines conditions doivent être réunies pour qu'une personne puisse souscrire valablement un contrat d'assurance. D'abord, un intérêt d'assurance doit exister dans son chef. L'article 4 de la loi du 11 juin 1874 définit implicitement cette notion (1).

(1) C'est le "rapport en vertu duquel quelqu'un subit un dommage patrimonial par suite d'un certain fait" ; c'est un lien préexistant entre celui qui s'assure et ce qui est soumis au risque, lien en vertu duquel la réalisation du risque porte préjudice à l'assuré (FONTAINE M., op. cit., p. 44).

La portée de cette disposition semble restrictive : on vise en effet la responsabilité qui peut naître à charge du détenteur d'une chose qui doit la restituer en bon état.

Le développement considérable du marché des assurances a fait éclater ces contours vieillis et l'intérêt d'assurance, ici, doit être considéré en rapport avec la protection de patrimoine, d'une personne physique ou morale, potentiellement grevé d'une dette de responsabilité.

C'est donc l'assuré qui doit avoir un intérêt d'assurance, mais la technique de l'assurance pour compte, institution originale du droit des assurances, est venue rendre possible la souscription d'un contrat par une autre personne que l'(es) assuré(s). Cette technique peut se définir comme suit : "Une personne souscrit personnellement un contrat d'assurance, en y assurant à titre définitif des engagements propres, mais pour couvrir l'intérêt d'assurance d'un tiers, véritable assuré à qui reviendra en cas de sinistre l'indemnité due par l'assureur" (1). Cette technique permet de résoudre la difficulté soulevée.

La meilleure formule pour la détermination du souscripteur est celle de "la société agissant pour compte ou au profit de ses administrateurs" (ou "un administrateur agissant pour compte ou au profit de ses collègues").

Ce système correspondra d'ailleurs généralement à la formule de l'assurance "pour compte de qui il appartiendra" car la police couvrira l'ensemble des administrateurs, ce groupe étant toujours fluctuant mais facilement déterminable, vu les mécanismes de publicité régissant les nominations et démissions.

(1) FONTAINE M., op. cit., n° 10, pp. 68 et sv.

En cas de souscription de la police par la société, l'on pourrait objecter que la société, vu l'objet du contrat, risque d'être l'une des premières bénéficiaires des effets externes de celui-ci. Le but de la souscription d'un contrat par la société serait dès lors davantage de rechercher la solvabilité de ses administrateurs que de couvrir l'intérêt d'assurance d'un tiers par la technique de l'assurance pour compte. A notre avis, cette objection peut être réfutée. En effet, dans d'autres branches (notamment les assurances de personnes), il n'est pas rare que la même personne soit simultanément souscriptrice et bénéficiaire du contrat.

En revanche, une difficulté beaucoup plus sérieuse nous semble devoir être rencontrée. Etant donné que la société-personne morale ne peut s'exprimer que par ses organes en vue de conclure un tel contrat d'assurance, ne s'agit-il pas d'un cas de conflit d'intérêts entre la société et ses organes visé par l'article 60 des L.C.S.C., dont l'alinéa 1 énonce : "L'administrateur qui a un intérêt opposé à celui de la société, dans une opération soumise à l'approbation du conseil d'administration, est tenu d'en prévenir le conseil et de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal de la séance. Il ne peut prendre part à cette délibération."?

Si cette hypothèse devait être retenue, la conclusion d'une police "R.C. mandataires sociaux" par la société se révélerait impossible. Nous pensons, quant à nous, qu'il est normal qu'un professionnel se prémunisse contre les conséquences de fautes non intentionnelles qu'il pourrait commettre et que le poids financier qui en découle soit à charge de la société.

C. Personnes assurées

Des impératifs d'ordre juridique (condamnation solidaire ou "in solidum" des administrateurs), ou technique (dispersion des risques) conduisent à prescrire un système d'assurance de tous les mandataires sociaux.

Il s'agit évidemment des administrateurs et commissaires (en ce non compris les commissaires-réviseurs (1)). Les polices excluent généralement les dirigeants de fait, en prévoyant que des assurés doivent être nommés régulièrement, c'est-à-dire conformément à la loi ou aux statuts.

Les administrateurs "de complaisance" peuvent-il être assurés ? La négative semble s'imposer, car accepter un mandat et ne pas l'assumer constitue sans aucun doute une faute grave sinon intentionnelle inassurable. Même si cette hypothèse ne devait pas être retenue, les assureurs éviteront de conclure un contrat avec une société dont le conseil d'administration est composé de personnes qui ne s'occupent pas effectivement de la société.

Les administrateurs mandatés par des personnes de droit public peuvent-ils être assurés ? L'affirmative s'impose dans la mesure où leur responsabilité est appréciée de manière identique.

Les assurés doivent être désignés aux conditions particulières. Pour les mandataires nommés pendant la période de couverture, il est généralement prévu que le souscripteur doit en informer l'assureur par écrit dans un certain délai de l'attribution de ce mandat (15 jours, 30 jours, etc...).

(1) Vu la particularité de leurs fonctions (voyez la loi du 1er décembre 1953).

Dans la mesure où l'assureur ne réagit pas, il faut soutenir que ces mandataires sociaux sont couverts rétroactivement. Mais quid lorsque l'assureur n'accepte de couvrir cet administrateur que moyennant une révision de la prime ou qu'il résilie le contrat (puisque des polices prévoient la faculté de résiliation du contrat par l'assureur à tout moment moyennant préavis) ? Ce problème sera traité plus loin, puisqu'il se rattache au thème difficile de la modification du risque.

Par contre, si le délai n'est pas respecté, il faut considérer que les mandataires sociaux concernés ne sont pas couverts.

De plus, les conditions particulières pourraient exclure de la garantie certains mandataires sociaux.

Souvent, les polices couvrent également les ayants-droits : "... les héritiers, légataires, représentants légaux et ayants-causes d'assurés décédés qui exerçaient leurs fonctions auprès du souscripteur au moment où les fautes professionnelles ont été commises ; -... .. contre les représentants légaux ou ayants-causes des assurés lorsque ces derniers sont frappés d'incapacité juridique ou lorsqu'ils sont déclarés faillis ou ont sollicité un concordat ou un sursis de paiement ...". Cette extension doit être appréciée favorablement et mérite d'être généralisée.

L'assureur couvre certaines personnes en une qualité déterminée et dans un cadre précis. En effet, ne doivent être couverts que les faits fautifs se rattachant à leurs activités de mandataires sociaux. L'on élimine ici les comportements qui pourraient leur être reprochés en tant qu'actionnaires ou dans le cadre de certaines délégations de pouvoirs, etc... (1). Le cadre choisi sera celui de la société concernée.

(1) Il faut également veiller à l'incidence de l'article 35, 1° des L.C.S.C.

Certaines polices couvrant parfois les administrateurs des filiales de la souscriptrice généralement ainsi définies : toute société commerciale belge ou étrangère dont la société souscriptrice détient plus de la moitié des actions de vote. En prévoyant cette limitation. implicitement, l'on tient compte de la moindre fréquence des sinistres notamment sur le plan de la responsabilité contractuelle si les administrateurs sont l'"émanation" d'un groupe stable d'actionnaires. Nous désapprouvons cette extension, car chaque société doit faire l'objet d'une analyse précise et d'une police adaptée.

SECTION 3. - LES RISQUES COUVERTS

Dans le cadre des assurances de responsabilité, Monsieur Van der Meersch définit le risque (1) comme "l'éventualité de devoir défendre l'assuré contre une recherche en responsabilité émanant d'un tiers (2), en raison d'un fait reproché à l'assuré, et de devoir, si le tiers parvient à faire aboutir tout ou partie de sa réclamation par voie amiable ou judiciaire, l'indemniser dans la mesure et du dommage qu'il a subi et du degré de responsabilité de l'assuré et des limites et conditions du contrat d'assurance."

Cette définition met en exergue les principales obligations de l'assureur et laisse pressentir les "charges" qui seront imposées à l'assuré après le sinistre (3).

L'objet du contrat est donc de couvrir les conséquences des fautes commises par les mandataires sociaux et, par là, de protéger leur patrimoine personnel. Traditionnellement, la police recourra à une définition très complète de la faute professionnelle : "toute erreur de droit ou de fait, toute faute, négligence, omission, déclaration inexacte, toute infraction aux dispositions légales et statutaires, toute faute de gestion et de contrôle et, en général, tout acte fautif quelconque commis par les assurés et qui engage leur responsabilité en leur qualité d'administrateur de la société souscriptrice". Certaines définitions sont plus synthétiques : "tout acte fautif prétendu avoir été posé par les assurés ou tout motif de recours contre les assurés".

(1) Op. cit., p. 256.

(2) Ou d'un cocontractant (responsabilité contractuelle).

(3) Voyez infra, section 8.

C'est parfois également en consultant la définition du sinistre que l'on précisera davantage la notion de risques couverts. Par exemple : "sont des sinistres ... les réclamations ... par toute personne physique ou morale quelconque, en ce compris par la société souscriptrice elle-même ou par ses représentants légaux (curateur ou liquidateur) et basées sur une faute ou une succession de fautes professionnelles commises dans l'exercice de leur mandat, ou prétendues telles ...".

Nous préférierions pourtant une définition procédant par énumération des divers types de responsabilités. Nous proposerions une formule telle que la suivante : "la police garantit les conséquences pécuniaires des fautes commises par les mandataires sociaux, à titre individuel ou solidairement, vis-à-vis de la société, fondées sur les articles 62, al. 1 des L.C.S.C. et 1382-1383 du Code civil, et vis-à-vis des tiers, fondées sur les articles 62, al. 1 et 2, 63 ter des L.C.S.C. et les articles 1382-1383 du Code civil (1)".

Le risque correspond à la résultante de l'évolution de la législation et de l'accentuation de la rigueur des Cours et Tribunaux dans l'appréciation des comportements de mandataires sociaux prétendument fautifs aux yeux des victimes de dommages.

La qualité de la police dépendra donc de la conformité de la couverture offerte au risque couru. Ces deux domaines étant interactifs, l'avenir dira si les assureurs ont la volonté de rechercher cette coïncidence, ou, au contraire, si ceux-ci veulent limiter leur couverture aux portions les plus appréhendables du risque.

(1) Nous ne perdrons pas de vue que certaines infractions pénales créeront des dommages qui pourront déclencher une constitution de partie civile devant les juridictions pénales (art. 63 et s. du Code d'instruction criminelle). Nous pensons que les conséquences d'infractions pénales qui ne nécessitent pas le dol comme élément constitutif mais uniquement la culpa, et également celles qui sont fondées sur le dol présumé (dans la mesure où une décision judiciaire coulée en force de chose jugée a nié cette responsabilité pénale), ne tombent pas sous le couperet de l'art. 16 de la loi de 1874 (voir infra, section 7.).

SECTION 4. - LES SINISTRES COUVERTS.

La condition de l'obligation de l'assureur de la R.C., c'est le sinistre. Mais le sinistre n'est pas une notion simple en assurance de responsabilité civile (1).

En effet, pour que la responsabilité de l'assuré soit acquise, plusieurs étapes se succèdent : la faute, le dommage, la première réclamation de la victime, l'intentement éventuel d'une action judiciaire, la décision condamnant l'assuré (2). On pourrait ajouter l'incidence des voies de recours et le paiement effectif de la dette par l'assuré.

En effet, paradoxalement, le sinistre recouvre un processus évolutif parfois très long, mais c'est cette notion qui doit "déclencher" avec précision les obligations de l'assureur et de l'assuré. Certaines branches de l'assurance sont rebelles aux concepts classiques comme celui d'accident (3), qui rendent les sinistres plus facilement repérables mais se révèlent ici singulièrement inadéquats.

En effet, c'est le "sinistre" qui crée les rapports obligationnels essentiels entre l'assureur et l'assuré, qui se développent parallèlement au processus conflictuel entre l'assuré et la victime.

(1) VAN DER MEERSCH P., op. cit., p. 257 ; voyez pour le droit français, L'assurance française, 1982, p. 630.

(2) FONTAINE M., op.cit., p. 155.

(3) Voyez notamment GILOT P., Het begrip "ongeval" in de aansprakelijkheidsverzekering, R.W., 1974-1975, col. 135 et s.

Le processus peut n'avoir d'abord que des effets latents (il peut en effet dans un premier temps rester ignoré de l'assureur et de l'assuré). Puis, se métamorphosant, il va engendrer et préciser les obligations des parties au contrat d'assurance. Ce n'est qu'au terme de ce développement que sa véritable nature qualitative pourra être définie pour déterminer le poids qu'il représentera pour l'assureur.

Si la demande en justice en est l'un des stades les plus précis (1), néanmoins, comme le soulignent Margeat et Chedeville (2), sauf clause contraire, la réclamation n'est pas le sinistre ; ce n'est qu'une condition de prise en charge du sinistre, constitué par l' "événement", le fait ou l'omission de l'assuré.

Dans la matière qui nous occupe, le sinistre est généralement défini comme la notification de la réclamation adressée soit à la partie souscriptrice, soit aux administrateurs assurés, en raison d'une faute professionnelle commise par ceux-ci (3). Sont compris dans la garantie tous les sinistres qui interviennent pendant la période fixée en conditions particulières.

Ce critère d'un emploi apparemment aisé ne peut faire oublier trois difficultés :

-
- (1) C'est notamment ce critère que choisit le législateur à l'art. 32, al. 2 de la loi de 1874 (loi du 30 mai 1961 art. 2) pour fixer le point de départ du délai de prescription de l'action récursoire.
 - (2) Note sous Paris, 24 janvier 1980, Gaz. Palais, 1981, p. 616.
 - (3) Voyez pour le Droit français, Paris, 11 mai 1979, R.G.A.T., 1980, p. 391.

1) La détermination de la date exacte du sinistre.

Certaines polices la définissent avec précision. En cas de doute ou de contestation sur la notion de "notification de la réclamation", l'on pourra recourir aux interprétations admises quant à la date et à la détermination des actes interruptifs ou suspensifs de prescription.

2) Les sinistres sériels.

Vu l'enchevêtrement potentiel de multiples fautes génératrices de dommages, une demande en justice pourra être fondée sur plusieurs fautes. Dès lors, l'on peut se demander s'il s'agit d'un ou de plusieurs sinistres.

Généralement, les polices prévoient que les réclamations constitutives à une même faute professionnelle ou à un même "groupe" de fautes professionnelles constituent un seul et même sinistre. Il ne faut pas perdre de vue les implications majeures de cette règle quant aux montants garantis et aux sinistres couverts.

3) Les fautes continues.

Les sinistres peuvent être relatifs à des fautes qui ne sont pas clairement localisables dans le temps. Il faudra tenir compte de cette constatation notamment dans l'application des délais de prescription et dans l'appréciation du risque d'antériorité, à savoir les conséquences des fautes professionnelles commises avant la prise d'effet du contrat.

SECTION 5. - LA "DECLARATION DU RISQUE

A. La charge que représentera un tel contrat pour l'assureur sera généralement directement proportionnelle à la qualité du comportement de la personne assurée et ce à travers son évolution. C'est pourquoi l'assureur ne s'engagera, surtout lorsqu'il s'agit d'assurances facultatives aux garanties élevées, que s'il connaît bien le risque, non seulement préalablement à la conclusion du contrat, mais aussi à travers toutes ses fluctuations en cours de contrat. C'est pourquoi les dispositions relatives à la déclaration et à la modification (notamment l'aggravation) du risque feront l'objet d'une attention particulière.

B. La déclaration du risque, l'une des obligations essentielles de l'assuré, aura une importance déterminante à maints égards. En effet, elle sera successivement le pivot des négociations précontractuelles et, consignée dans des documents précis, elle fera partie intégrante du contrat comme ceci est généralement stipulé dans les polices.

C. Le moment de la conclusion du contrat sera en effet précédé de pourparlers préparatoires où devront se révéler la perspicacité de l'assureur, qui devra procéder à une radioscopie individualisée de la société potentiellement souscriptrice, et la bonne foi de l'assuré, qui devra respecter, sous peine de se voir privé de garantie, des règles précises issues aussi bien du "droit commun" des assurances que des impératifs techniques impliqués par le risque couvert. En outre, la déclaration du risque devra prendre une forme bicéphale : données quant à la société auxquelles se rattachent les activités de l'assuré et informations concernant chaque administrateur.

En effet, l'assureur devra tenter d'une part de rattacher les personnes concernées à des catégories homogènes pour lesquelles on dispose de données statistiques et d'autre part, le cas échéant, de pondérer cela en scrutant le profit individuel de l'assuré, notamment par le dépistage des sinistres antérieurs. Dans le même ordre d'idées, l'assureur tentera de découvrir les réactions de certains concurrents qui auraient résilié une police de même type, antérieurement, ou auraient refusé de couvrir le risque proposé.

D. Le "contenu" de la déclaration du risque.

Les données collectées devront être suffisantes pour former une synthèse satisfaisante qui servira d'étalon de référence au calcul de la prime. La probabilité du sinistre peut en effet transparaître et de la situation financière de la société (bilans, comptes ...) et

de la connaissance de la façon dont chaque administrateur a exercé son mandat dans le passé. Il faudra notamment vérifier si des litiges se rattachent à cette gestion.

L'assureur ne pourra donc pas se cantonner dans un rôle "passif" comme il peut se le permettre dans des branches plus classiques. Ces données lui sont en effet également nécessaires pour établir sa prime, ce qui entre dans le champ de ses obligations.

L'élaboration d'un questionnaire, outil majeur des négociations précontractuelles et instrument participant à la vie du contrat, viendra organiser et modaliser cette obligation de l'assuré qu'est la déclaration du risque. Ce questionnaire rassemblera les principales données relatives d'une part à la société elle-même, d'autre part à chacun des administrateurs (1) (2). Les conflits concernant la déclaration du risque pourront être éclairés et appréciés plus facilement grâce à ce document de référence.

(1) Voici des exemples de données considérées comme essentielles :

- les statuts et les rapports de gestion des dernières années, qui fournissent les indications nécessaires concernant le capital social, les réserves, le chiffre d'affaire, le bénéfice, les dettes à long terme, le but social, etc... ;
- les indications concernant les sociétés affiliées dans le pays du siège et à l'étranger (pourcentage de participation, buts statutaires, etc...) ;
- la composition de la clientèle ;
- les renseignements sur l'honorabilité et la solvabilité du preneur d'assurance ;
- les indications concernant les polices d'assurance existantes ;
- les renseignements sur les dirigeants de l'entreprise : nom, position hiérarchique et fonction, formation et activités antérieures, âge de la retraite, description du poste ;
- les indications concernant les prétentions élevées à l'encontre des dirigeants de l'entreprise au cours des 5 dernières années.

(2) Cette distinction s'avérera éventuellement utile en cas de déchéance motivée par les éventuelles réticences ou fausses déclarations relatives au risque. En effet, s'il s'agit d'une donnée relative à un administrateur en particulier, la sanction pourrait être limitée en ce sens.

L'assureur devra disposer d'une cellule spécialisée apte à juger la situation sociale ou, le cas échéant, recourir aux services de tiers, notamment des réviseurs d'entreprises, qui vérifieront le respect par la société des prescriptions comptables et bilantaires.

La qualité de cette démarche de l'assureur, si elle est faible, pourrait évidemment faire peser sur celui-ci le reproche d'erreur inexcusable faisant obstacle au reproche qu'il ferait aux assurés de réticences et fausses déclarations (1).

E. Demandons-nous maintenant, à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, ce qu'il faut entendre par réticences et fausses déclarations.

Un arrêt assez récent de la cour de cassation (2) a rappelé que ce concept ne visait pas les faits ignorés de l'assuré au moment de la déclaration du risque. Cet arrêt est conforme à la jurisprudence dominante qui écartait l'application de l'article 9 de la loi de 1874 en cas de réticences ou fausses déclarations en relation avec des faits inconnus de l'assuré.

F. La notion de "fait connu" de l'assuré posera certains problèmes. En effet, le sinistre connaît plusieurs moments essentiels : notamment, le fait à l'origine du dommage (parfois inconnu de l'assuré), le moment où l'assuré s'aperçoit qu'il a pu commettre une erreur, la réclamation amiable ou judiciaire.

Le "questionnaire" devra à notre avis préciser si les déclarations de l'assuré doivent inclure toutes les fautes ou anomalies

(1) Cass., 20 avril 1978, R.C.J.B., 1981, p. 210 et note FONTAINE M., La réticence ou la fausse déclaration relatives à un fait ignoré de l'assuré et l'erreur inexcusable de l'assureur, idem, pp. 219 et s. ; voyez aussi FONTAINE M., Problèmes actuels de déclaration du risque, Bull. Ass., 1982, p. 467.

(2) Idem.

de gestion dont il aurait connaissance (...toute faute, erreur ou omission dont il serait venu à s'apercevoir même si le dommage ne s'est pas encore produit) ou alors ces mêmes faits dans la mesure où l'assuré s'est rendu compte qu'ils ont entraîné un dommage (1).

G. Cette question peut être reliée à celle de la couverture du risque d'antériorité.

En ce sens, un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris (2), en interprétant une clause relative à l'antériorité, a précisé l'obligation de déclaration du risque.

La clause contractuelle était la suivante : "la garantie s'applique aux déclarations formulées ou connues de l'assuré pour la première fois pendant la période de validité du contrat même si ces réclamations sont formulées en raison d'interventions professionnelles effectuées par l'assuré avant la date de prise d'effet du contrat, sous réserve toutefois que les dites interventions professionnelles n'aient fait l'objet d'aucune réclamation antérieure auprès de l'assuré et que celui-ci n'ait été au courant, lors de la signature du contrat, d'aucune anomalie ou défec-tuosité quelconque génératrice du sinistre".

La partie soulignée de la formule renvoie évidemment au régime des réticences et fausses déclarations en précisant son champ d'application. Cette formulation nous semble intéressante et digne d'inspiration pour préciser l'étendue de la déclaration du risque.

Pourtant, il ne faut pas perdre de vue que l'apparente clarté de telles clauses susciteront des litiges liés à des difficultés de preuve.

(1) Sur le silence du souscripteur au sujet d'un sinistre existant au moment de la déclaration du risque, silence qualifié de réticence intentionnelle et débouchant sur la nullité du contrat, voyez en droit français : Cour d'appel de Rouen, 24 septembre 1972, Gaz. Palais, 1973, p. 45 et note HM.

(2) Paris, 24 janvier 1980, Gaz. Palais, 1981, p. 616 et note MARGEAT H., et CHEDEVILLE P.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris avait donné raison à l'assuré à qui l'on reprochait l'absence de déclaration en estimant qu'il n'était pas établi que celui-ci ait su que sa responsabilité pouvait être engagée sur base d'une faute probable dans la construction ou la surveillance de la construction, et que de plus, un rapport d'expertise consignant un avis sur les responsabilités encourues, n'ayant pas un caractère ferme et définitif, l'architecte n'avait pas à la conclusion du contrat la connaissance des conséquences de son intervention.

H. Quelle est la sanction des réticences et fausses déclarations ?

Pour la loi de 1874, c'est la nullité du contrat. Il s'agit d'une nullité relative (1).

Les polices prévoient généralement des sanctions moins rigoureuses. Ainsi, l'on exclut généralement de la couverture les actions et réclamations qui résulteraient des renseignements trompeurs et inexacts tout en laissant subsister le contrat.

(1) Pour un exposé approfondi, voyez FONTAINE M., Précis, pp. 13 et s.

SECTION 6. - LA MODIFICATION DU RISQUE.

A. Des difficultés liées à la transformation du risque couvert pourront naître. En effet, même si les déclarations initiales sont correctes (dans le cas contraire, l'on tomberait dans le régime des réticences et fausses déclarations), il est de la nature même du risque de responsabilité civile - parce qu'il se rattache intrinsèquement au comportement d'une personne - d'évoluer. A partir de quelle "intensité de mutation" le sinistre est-il la réalisation d'un "autre risque" et, sur le plan de la sanction, sort-il du "territoire" préalablement et contradictoirement fixé ?

B. Le droit des assurances appréhende ce phénomène en prévoyant généralement une obligation d'information de l'assureur par l'assuré et en sanctionnant son éventuelle inexécution (1) (2). Dans la matière qui nous occupe, les polices prévoient à charge de l'assuré une obligation de déclarer tout élément susceptible de modifier le risque ainsi que la déchéance en cas "d'absence de déclaration, d'omission ou de réticence volontaire". Des éléments nouveaux peuvent en effet surgir tout autant dans la composition des organes de la société que dans l'évolution de l'activité sociale et des comportements de ses dirigeants.

C. Cette problématique nous renvoie aux difficultés soulevées dans la première section relatives à la déclaration du risque. Les solutions qui y sont préconisées peuvent utilement s'appliquer ici, notamment un système de détermination a priori des données à révéler.

(1) Voyez FONTAINE M., Précis, pp. 89 et s.

(2) Voyez Cass. Fr., 14 octobre 1975 et Paris, 11 octobre 1975, Gaz. Palais, 1976, p. 200 et note H.M. et A.F.

D. La police pourra donc définir ce qu'il faut entendre par modification du risque. L'on peut songer à tous les thèmes repris dans le questionnaire initial. En outre, à cette liste, peut s'incorporer une série d'éléments reflétant l'évolution de la société et de ses mandataires tels que :

- modification des statuts
- opérations d'association, d'absorption ou de fusion dans lesquelles la société souscriptrice est partie intervenante
- nouvel engagement hypothécaire
- nouveau gage accordé sur le patrimoine
- augmentation des créances de l'ONSS, du fisc,...
- modification de la structure du capital
- modification importante dans le nombre des actionnaires.

E. Les polices prévoient généralement la possibilité d'aménager le contrat dans ce cas. De plus, en cas d'échec, l'assureur peut résilier le contrat puisqu'il est généralement prévu qu'il puisse le faire à tout moment (1).

Cette formule est critiquable. Il est en effet malsain d'assister à une négociation contractuelle permanente et de voir l'assuré courir le risque d'une résiliation intempestive du contrat par l'autre partie. L'on pourrait songer en tout cas à prévoir un "blocage" de la prime pendant des périodes limitées (par exemple un an) ou à inventer une formule d'arbitrage pour éviter les tentations de rupture abusive en cours de contrat, surtout dans le chef de l'assureur.

(1) Voyez section 9.

SECTION 7. - LES LIMITES DE LA GARANTIE.

La pratique commerciale des assurances de responsabilité devra s'articuler sur une sélection sérieuse des risques, particulièrement lorsqu'il s'agit d'assurances facultatives et a fortiori dans des branches très techniques.

L'assureur doit "jauger" ses contrats de manière régulière. C'est pourquoi les contrats sont conclus pour une période relativement brève (en général annuelle), même si dans certaines branches un souci de stabilité des portefeuilles (ex. R.C. auto) ou de protection de l'un ou l'autre cocontractant a prévalu.

Si les souscripteurs recherchent un contrat qui traduit une adéquation optimale entre l'ensemble des sinistres potentiels et la garantie offerte, le caractère très aléatoire de la fréquence et de la gravité des sinistres, en assurances de la responsabilité, va généralement pousser les assureurs à limiter leurs obligations de multiples façons.

Nous examinons ces diverses limitations.

A. Limitation "ratione personnae" quant aux assurés.

Cette question a été examinée supra (section 2, C).

B. Limitation "ratione personnae" quant aux victimes.

Certaines formules parfois rencontrées ont pour objet d'exclure un volet entier du risque : la responsabilité contractuelle (sauf en cas de faillite). Citons une formule de ce genre particulièrement critiquable : "les réclamations ayant trait aux demandes de remboursement formulées à l'encontre des assurés et émanant du preneur d'assurance ou de ses filiales étant entendu que la présente exclusion ne s'applique pas aux actions intentées contre un curateur".

- . Les assureurs ont toujours craint, assez légitimement sans doute, le risque de collusion entre assurés et personnes proches de ceux-ci, victimes potentielles de leurs fautes. Cas typique, la police-type RC automobile reflétait cette méfiance (1), même si, récemment, la stratégie commerciale des compagnies a prévalu sur ces craintes. En assurance "RC mandataires sociaux" aussi, les polices excluent parfois les réclamations formulées par les conjoints ou les proches.
- . Certaines polices excluent les réclamations des assurés entre eux. Cette exclusion nous paraît logique. La police, en sa finalité, se meut dans le cadre des litiges opposant les mandataires sociaux aux personnes tierces ou cocontractantes qui peuvent subir un préjudice dérivant de leurs fautes de gestions. Les conflits "inter-mandataires" n'entrent pas dans la sphère de rayonnement de la police.

C. Limitation "ratione qualitatis".

- . Il arrive que les polices excluent expressément tous les litiges qui concerneraient un assuré n'agissant pas en tant qu'administrateur. C'est à notre avis une exclusion logique des fautes commises par les administrateurs en d'autres qualités (voyez section 2, C, in fine).
- . Citons également l'exclusion de la responsabilité contractuelle des administrateurs vis-à-vis de contractants autres que la société : "les cautionnements, les engagements de porte-fort ou autres engagements analogues que les mandataires sociaux auraient souscrit au profit ou à charge de la société de même que tout engagement qui excèderait leur mandat".

(1) Voyez S. MAUCQ, Le conjoint peut-il bénéficier de l'indemnité d'assurance dans le cadre de la police-type "R.C. Automobile" ?, Doc. 81/14 du Centre de Droit des Obligations de la Faculté de Droit de l'U.C.L.

Cette exclusion dérive d'une compréhension correcte de la théorie de l'organe. En effet, un administrateur - personne physique - n'est organe de la société que dans le cadre de ces fonctions. S'il dépasse les limites de ses pouvoirs, s'il a la double qualité de personne physique - commerçant et administrateur -, s'il prend des engagements conjoints avec la société, le principe selon lequel l'organe de la société ne peut voir sa responsabilité engagée vis-à-vis des contractants de la société cède évidemment (1).

- . Dans cette ligne, il faut citer "les conséquences de tous faits ou actes en rapport avec la faillite ou la banqueroute personnelle des assurés".

D. Limitation et extension de garantie "ratione temporis".

La complexité de la notion de sinistre devra inciter les assureurs à la prudence en délimitant très précisément les sinistres couverts. En effet, certaines réclamations en cours de contrat se rattachent à des fautes commises avant sa prise d'effet (antériorité) et des fautes commises en cours de contrat engendreront des sinistres après l'expiration de celui-ci (postériorité).

(1) Voyez sur ce point, en doctrine, VAN RIJN J. et VAN OMESLAGHE P., chronique de jurisprudence ; "Les sociétés commerciales", R.C.J.B., 1981, p. 252 et en jurisprudence, Civ. Huy, 16 févr. 1972, R.P.S., 1973, p. 224 ; Cass., 15 sept. 1977, Pas., 1978, I, p. 57.

En effet, si l'assuré doit être garanti au maximum, l'assureur mérite également d'être protégé par une définition rigoureuse et stricte du champ d'application de la garantie dans le temps (1).

Antériorité

L'article 28 de la loi de 1874 exclut expressément "les dommages existant au moment de la conclusion du contrat". A notre avis, il ne peut être dérogé à ce texte qui vise l'un des éléments constitutifs essentiels du contrat d'assurance : l'existence d'un aléa.

Dès lors, tous les sinistres (au sens de la définition exprimée supra) déjà existants au moment de la conclusion du contrat doivent nécessairement être exclus de la garantie.

L'assureur devra également veiller à dépister les sinistres "en puissance" et ce par le biais de l'obligation de l'assuré de déclaration du risque (voyez section 6). En effet, le danger de spéculation dans le chef de l'assuré, parfois assorti de complicités, ne peut être sous-estimé. C'est pourquoi, généralement, la garantie s'applique à toutes les réclamations introduites contre les assurés après la date de prise d'effet du contrat, sauf lorsque les assurés savaient que ces fautes professionnelles étaient de nature à causer un dommage. Cette précision doit évidemment être mise en relation avec l'obligation de déclaration du risque et ses sanctions en cas de manquement.

Cette clause nous paraît plus claire que celle prévoyant "l'exclusion des litiges pendants ou antérieurs à la date d'effet du contrat et les réclamations "futures" basées sur ces litiges" car la terminologie y employée est plus incertaine.

(1) Sur ce problème, voyez par ex. Cass. Fr., 27 janvier 1977, R.G.A.T., 1977, p. 376, 8 février 1977, R.G.A.T., 1978, p. 65, 23 février 1977, Gaz. Palais, 1977, p. 148 et 29 novembre 1979, R.G.A.T., 1980, p. 398.

Postériorité

Comme le souligne M. Jourdan (1), il est vital pour les professionnels soumis à la responsabilité sur une longue période, et lorsqu'il s'agit de personnes physiques susceptibles de faire peser cette responsabilité sur leurs héritiers après leur décès, de rechercher une couverture d'assurance s'exerçant jusqu'au terme de la prescription, et, à défaut, pour une période suffisamment longue après résiliation ou expiration du contrat.

Cette option optimale ne se rencontre malheureusement guère dans la pratique.

Les polices mettent souvent en place une construction à trois étages quant aux délais. En effet, la garantie supplémentaire peut être accordée :

- pour des sinistres relatifs à des fautes professionnelles commises avant l'expiration du contrat ;
- pour autant que les sinistres ou plus exactement les menaces de sinistres soient déclarées dans un délai fixé (sinistre qui n'est encore constitué que d'un acte ou d'un fait susceptible d'entraîner une réclamation) ;
- pour autant que ces sinistres (= réclamations) surviennent endéans un autre délai fixé, généralement plus long.

Malgré le silence des polices à cet égard, il faut proner un régime analogue pour les administrateurs qui cessent d'être assurés "individuellement" (décès, démission, etc...).

(1) JOURDAN A., Délimitation de la période de garantie dans les polices d'assurance de Responsabilité civile professionnelle, l'Assurance française, 1980, p. 110.

En outre, l'extension de postériorité n'est garantie que moyennant le respect de certaines conditions :

- exécution totale préalable des obligations de l'assuré (paiement des primes, etc...)
- surprime.

De plus, certaines polices prévoient un traitement discriminatoire pour les assurés en cas de non renouvellement du contrat par le souscripteur. Cette distinction doit à notre avis être supprimée.

E. Limitation ratione loci

Dans le domaine des assurances de la responsabilité, la crainte des assureurs de couvrir des sinistres régis par des droits étrangers mal connus a poussé les assureurs à prévoir des exclusions à cet égard. Dans la matière qui nous occupe, les assureurs couvriront des sociétés belges ayant leur siège social en Belgique et régies par la loi belge en matière de sociétés commerciales.

F. Limitation ratione summae

L'assurance de responsabilité est rebelle à l'établissement d'un montant précis relatif au risque couvert. Les conséquences des fautes potentielles des assurés peuvent être énormes et seule une police prévoyant une garantie illimitée est susceptible de couvrir adéquatement les assurés.

Cet objectif n'a toutefois pu être respecté que moyennant deux aménagements.

Le premier est dû à des raisons techniques : l'assureur - même s'il dispose de certains moyens comme la coassurance ou la réassurance pour "dispenser" les risques - ne peut prendre des engagements susceptibles d'affecter son équilibre financier ; c'est pourquoi des conditions particulières fixeront un montant maximum d'intervention (1).

Le second est dû à des raisons de prévention et de moralisation du comportement des assurés. En effet, la stipulation d'une franchise ou d'un découvert obligatoire - de préférence inassurable - est de nature à rappeler efficacement aux assurés qu'ils sont les "partenaires" de leur assureur et à les inciter à la prudence étant donné que tout sinistre contribuera à grever leur patrimoine.

En pratique, les polices prévoient un maximum d'intervention, qui a souvent une portée double : le "plafond" fixé joue simultanément par année d'assurance et par sinistre. L'on prévoit aussi que sont cumulés, pour l'application de cette règle, les différents frais (défense en justice, indemnisation proprement dite, ...).

(1) Sur les intérêts compensatoires et leur éventuelle inclusion dans le montant fixé, voyez PIRET R., De la portée de la clause limitant à une somme déterminée la garantie donnée par l'assureur de responsabilité civile, R.G.A.R., 1933, n° 1123 ; Gand, 18 janvier 1952, R.C.J.B., 1953, p. 22 et note SOHR, L'assureur de responsabilité civile limitant sa garantie à un maximum doit-il, outre et au-delà, supporter les charges des intérêts, idem, p. 26.

D'autre part, un découvert obligatoire calculé en pourcentage du sinistre est prévu (1). Ce découvert obligatoire est inassurable. En effet, son assurance paralyserait la finalité de prévention et de "responsabilisation" qui l'explique. De plus, il faut noter que si plusieurs assurés sont concernés dans un sinistre, la franchise sera partagée entre eux au prorata de leur part dans le sinistre.

Enfin, il faut prévoir que si plusieurs actions successives sont basées sur le même acte fautif ou découlent des mêmes circonstances - situation définie comme sinistre unique (voyez supra) -, la franchise ne s'appliquera qu'une seule fois (2).

G. Limitation "ratione materiae"

Ces limites sont :

- soit imposées par les règles du droit commun des assurances ;
- soit expliquées par le danger de certaines implications de l'assurance de R.C. professionnelle ;
- soit motivées par des raisons commerciales : l'on veut éviter d'assurer des risques traditionnellement couverts par d'autres polices spécialisées ;
- soit justifiées par la spécificité du risque couvert.

(1) Sur le rôle de la franchise, voyez pour la R.C. professionnelle des notaires : R. DECHAMPS, Assurances et responsabilité, Revue not. belge, 1952, pp. 15-16.

(2) A cet égard, voyez Montpellier, 16 nov. 1977, R.G.A.T., 1978, p. 385.

1. Exclusions classiques

a. Sont généralement exclus de la garantie "les dommages dus à des guerres étrangères ou civiles, des émeutes, des grèves ou tout acte des autorités politiques ou de fait y compris les moratoires".

b. La difficulté essentielle réside dans le débat de l'inassurabilité de certaines fautes en fonction de leur nature. C'est de l'interprétation et de la portée du célèbre article 16 de la loi du 11 juin 1874 qu'il sera question ici. Le texte en est le suivant :
"aucune perte ou dommage, causé par le fait ou la faute grave de l'assuré n'est à charge de l'assureur ; celui-ci peut retenir ou réclamer la prime s'il a déjà commencé à courir les risques".

Plusieurs questions doivent être posées à cet égard :

- 1° - quelles sont les fautes visées par cet article 16 ?
- 2° - ce texte est-il d'ordre public avec comme conséquence que les fautes qui entrent dans son champ d'application seraient inassurables ?

ba. Le texte vise le "fait de l'assuré" défini unanimement comme la faute intentionnelle de celui-ci : c'est la faute consciente et délibérée commise avec l'intention de causer le dommage. L'art. 16 exclut évidemment dans ce cas l'intervention de l'assureur et postule donc l'inassurabilité de cette faute dont les caractéristiques sont évidemment incompatibles avec les principes fondamentaux du droit des assurances : l'existence d'une faute intentionnelle chasse l'aléa (1).

(1) En France, G. BRIERE DE L'ISLE, La faute intentionnelle (à propos de l'assurance R.C. professionnelle), in D.S., 1973, Chronique, p. 259. G. BRIERE DE L'ISLE, La faute dolosive, D.S., 1980, p. 133. Cass. Fr., 25 mars et 7 mai 1980, D.S., 1980, J., p. 21 et note BRIERE DE L'ISLE. En Belgique, Cass., 5 septembre 1980, R.W., 1980-81, col. 1263.

bb. Le texte vise aussi la faute grave (ou lourde) généralement définie comme une faute tellement grossière, tellement excessive qu'elle rend le débiteur inexcusable étant en effet assimilée au dol (1) (2).

Ce concept doit être analysé en deux temps, d'abord en droit civil classique, ensuite en droit des assurances (3). En droit civil, un arrêt très célèbre de la Cour de Cassation (4) s'est départi de la règle traditionnelle : "culpa lata dolo aequaparitur". Dès lors, le Code civil ne contenant aucun principe d'ordre public à cet égard, l'on débouche logiquement sur la validité des clauses d'exonération de la responsabilité du débiteur en cas de faute lourde ou grave (5). En droit des assurances, le problème de la définition de la faute lourde ou grave a toujours été analysé sous un angle particulier : l'aggravation du risque (6).

Plusieurs arrêts de la Cour de Cassation (7), dont l'arrêt très célèbre du 2 juin 1967 (8), ont rappelé que la faute grave visée à l'art. 16 devait se définir comme une faute assimilable à un fait intentionnel.

(1) DE PAGE H., t. II, n° 599 bis.

(2) En France également, le débat sur l'assimilation au dol des fautes grossières et inexcusables n'est pas clos. Voyez en matière de responsabilité notariale : Aix-en-Provence, 30 octobre 1978, Journ. not. et avocats, 1980, art. 55847.

(3) VELAERS J., Het begrip "Zware fout" in het aansprakelijkheidsrecht en in het verzekeringsrecht, Jura Falconis, 1980-81, p. 61.

(4) Cass., 25 sept. 1959, Pas. 1960, I, p. 118, R.C.J.B. 1960, p. 5 avec note DABIN.

(5) Voyez L. CORNELIS, Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et son interprétation, R.C.J.B., 1981, p. 196.

(6) Cour Trav. Mons, 4 déc. 1981, J.T., 1982, p. 601 ; Cass., 24 juin 1966, J.T., p. 631 ; Cass., 14 juin 1966, R.W., 1968-69, col. 854, Pas., 1968, I, p. 1179 et R.G.A.R., 1970, n° 8374. Voyez aussi MAHIEU M., note sub. Civ. Tournai, 3 avril 1968, R.G.A.R., 1971, n° 8628.

(7) Voyez S. FREDERICQ, l'Assurance de la faute lourde, R.C.J.B., 1971, p. 31, note 68.

(8) Pas. 1967, I, p. 1174, R.C.J.B., 1971, p. 13.

Est telle la faute dont l'assuré a eu ou dû avoir conscience qu'elle entraînait une aggravation du risque garanti (1). Les conditions suivantes doivent être réunies : un élément objectif (aggravation du risque) - un élément subjectif (l'assuré doit avoir eu ou dû avoir conscience que sa faute entraînait une telle aggravation), le fait que la faute doit être personnelle à l'assuré, le lien de causalité entre la faute grave et le dommage (2) (3).

Dès lors, quid de la possibilité pour le débiteur de s'exonérer de sa responsabilité ou de s'assurer ?

Le même arrêt de la Cour de Cassation du 2 juin 1967 a rappelé qu'en droit des assurances le texte de l'art. 16 était d'ordre public.

La définition de la faute lourde assimilable au dol nous semble critiquable. En effet, à notre avis, pour qu'une faute soit véritablement assimilable au dol, il est nécessaire que l'assuré ait effectivement eu connaissance des conséquences de son comportement à savoir l'aggravation du risque. Et ce ne seraient alors que ces fautes

(1) Cass. 29 janv. 1953, Pas. 1953, I, p. 15 ; Cass., 6 juin 1958, Pas. 1958, I, p. 1104 ; Cass., 12 janv. 1967, Pas. 1967, I, p. 562 ; voyez aussi la jurisprudence citée par MM. FREDERICQ, COUSY et ROGGE dans "Overzicht van rechtspraak (verzekeringen)", TPR, 1981, p. 398-399.

(2) Sur ces conditions, voyez FREDERICQ S., op. cit., p. 61 et sv. Pour une application : Comm. Bruxelles, 26 juin 1975, JCB 1976, p. 305.

(3) Sur la charge de la preuve de la faute lourde : Cass., 18 oct. 1968, RW, 1968-69, col. 887 ; Cass., 19 janv. 1978, RGAR, 1979, n° 10.038.

lourdes-là qui tomberaient sous le couperet de l'inassurabilité (1) (2).

Reste à savoir si d'autres normes ne font pas obstacle à l'assurabilité de certaines fautes. A cet égard, Mr Van Bruysteghem, dans une étude récente (3) a évoqué deux problèmes essentiels :

- 1° - des textes particuliers d'ordre public font-ils obstacle à ce que les conséquences de certains comportements fautifs soient "reportés" contractuellement sur d'autres personnes ?
- 2° - Peut-on rapprocher ces procédés contractuels ("Vrijwaringsovereenkomst") et la technique de l'assurance ?

Il s'est en effet demandé si les dispositions des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, notamment les articles 62 et 63 ter, concernant la responsabilité des mandataires sociaux étaient d'ordre public.

Pour ce faire, il aborde la matière en réfléchissant sur la portée d'un contrat conclu entre la société provinciale de développement de Flandre orientale et les administrateurs désignés par celle-

-
- (1) Le projet Van Dievoet prévoit en son article 6 qu'en principe la faute lourde de l'assuré est couverte par le contrat. Toutefois, la police peut exclure de la garantie certains cas bien définis de fautes lourdes. En outre, toute formulation d'exclusion aussi large que "le cas de violation des lois et règlements" est proscrite (art. 7) (voyez E. VAN DIEVOET, L'assurance en Belgique, De Sikkel, p. 11).
 - (2) Si la législation française est différente de la nôtre en ce qu'elle autorise la couverture de la faute lourde, la solution trouvée dans les arrêts de la Cour de Cassation de France des 25 mars et 7 mai 1980 nous semble remarquable et pourrait inspirer des solutions cohérentes en droit belge en ce qui concerne la définition de la faute lourde : "la faute intentionnelle ou dolosive excluant la garantie de l'assureur est celle qui implique la volonté de créer le dommage et non pas seulement d'en créer le risque" (DS 1981, p. 21 et note G. BRIERE DE L'ISLE et le commentaire du Jour.not. et avocats, 1980, p. 1539).
 - (3) B. VAN BRUYSTEGHEM, Afwentelen van beheersaansprakelijkheid op derden, RW 1980-81, col. 971. La bibliographie citée en note (2) est particulièrement intéressante.

ci dans des sociétés : "Een ontwerp van overeenkomst tussen ... en de beheerders ... werd goedgekeurd waardoor deze ontwikkelingsmaatschappij zich ertoe verbindt de verantwoordelijkheid te dragen van de door zijn lasthebbers bij de uitoefening van hun mandaat begane fouten".

Cette formule se heurte-t-elle à certaines règles d'ordre public ? Il répond que, même si ces normes protègent les tiers et doivent être parfaitement respectées ("het bestuur een functie vervult waarvan de wet het statuut regelt, rekening houdend met het algemeen belang binnen het kader van een organisatie die door haar wettelijke structuren het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid geniet"), on ne doit reconnaître qu'un caractère impératif à ces dispositions..

Dès lors, l'assurabilité de ces risques n'est nullement contestable.

Les assureurs peuvent donc couvrir les fautes lourdes en général, mais ils doivent exclure celles qui impliquent chez les assurés une conscience effective ou potentielle de l'aggravation du risque couvert. Cette aggravation doit s'apprécier selon le contexte particulier des sociétés commerciales, qui impliquent que les mandataires sociaux sortent des sentiers battus et prennent des initiatives originales, impliquant parfois incontestablement des risques d'échec.

La formulation employée dès lors dans certaines polices telle que "l'exclusion des conséquences de toute faute que les administrateurs ont dû percevoir comme possibles ou probables" est donc trop large.

c. Certaines polices excluent également "les réclamations ayant pour objet les dommages subis par la partie souscriptrice à la suite de la pratique d'opérations manifestement hasardeuses, érigée en système de gestion". Cette clause nous semble dangereuse vu l'interprétation particulièrement large qu'elle peut entraîner.

d. L'ordre public, notamment le principe de la personnalité des peines, explique l'exclusion des amendes pénales (1).

e. Par contre, l'exclusion de certaines fautes "d'omission" qui se réalisent par le non-accomplissement d'obligations formellement et précisément prescrites par la loi (tenir une comptabilité, publier les comptes annuels, payer les impôts, effectuer les paiements à l'O.N.S.S., etc...) pourrait selon nous, le cas échéant, faire l'objet d'une exclusion dont les contours sont facilement définissables.

2. Exclusion expliquée par la nature de l'assurance R.C. professionnelle.

Certains risques sont inhérents à la nature de l'activité commerciale : ce sont les risques aléatoires qui n'impliquent

(1) Même si ce principe est discutable et discuté dans certains cas-limite et notamment les articles 116 et suivants du Code d'Instruction Criminelle (dispositions relatives à l'extinction de l'action publique pour certaines infractions moyennant le paiement d'une somme d'argent). A cet égard, voyez : X. MALENGREAU, L'assurance-transaction, R.G.A.R., 1979, n° 9989 et R. ANDRE, L'assurance-transaction, R.G.A.R., 1979, n° 10.060.

d'autre possibilité qu'un résultat favorable ou défavorable sur le plan strictement commercial. Les administrateurs ne peuvent en effet, indirectement, être rendus responsables de la bonne fin des activités.

Il est capital que le risque d'entreprise reste à charge de la personne morale qui tire parti de l'activité visée. Des cloisons étanches doivent le séparer du domaine de l'assurance. Une exclusion de cette nature est donc essentielle si l'on veut éviter la dénaturation de la finalité de l'assurance R.C. professionnelle.

3. Exclusions motivées par des raisons commerciales

Le but de la police étudiée ne peut consister en un comblement des interstices laissés béants par le défaut de conclusion de certains contrats "classiques" à la disposition des entreprises.

De nombreuses clauses en ce sens sont rencontrées. Ainsi, celles qui concernent :

- le danger nucléaire : "les réclamations ayant pour objet des dommages causés par tout fait ou succession de faits de même origine, dès lors que ce fait ou ces faits ou certains des dommages causés proviennent ou résultent des propriétés radioactives ou des propriétés toxiques, explosives ou autres propriétés dangereuses des combustibles nucléaires ou produits ou déchets radioactifs, ainsi que les dommages résultant directement ou indirectement de toute source de radiations ionisantes".
- le risque d'exploitation : "les réclamations concernant des débours consécutifs à une modification de l'état de l'air, de l'eau, du sol, du fait de la diffusion d'éléments toxiques ou nocifs, d'odeurs, de bruit, d'ondes, d'électricité, d'humidité, de températures, par des émanations, déversements, dégagements, vibrations, ou du fait du retrait de certains éléments".

L'on peut y ajouter des formules plus larges :

- "les conséquences de l'absence de souscription d'une police d'assurance légalement obligatoire et l'absence ou l'insuffisance conscientes d'assurance couvrant la perte ou la destruction de biens matériels appartenant au souscripteur ou dont il a l'usage ou la garde".
- "la réparation de dommages résultant de lésions corporelles ou de la destruction, détérioration ou perte d'un bien matériel, et qui peut faire l'objet d'une police d'assurance destinée à couvrir la responsabilité civile des entreprises".
- "les actions tendant à la réparation pécuniaire des lésions corporelles, maladies, ou décès ou de dommages ou destruction de biens tangibles, y compris la perte d'usage desdits biens".

4. Exclusions justifiées par la spécificité du risque couvert

a. Si l'exclusion des réclamations basées sur des fautes dont SEUL le souscripteur doit répondre est logique, il faut se méfier des formulations plus floues qui conduisent à exclure toutes les réclamations dont la société et ses organes peuvent faire l'objet "simultanément" (1).

b. Les polices excluent ce qui relève des pratiques pécuniaires entre la société et ses mandataires, à savoir notamment les avantages en nature ou en espèces que s'octroient les mandataires sociaux ou que l'on leur octroie. En voici plusieurs exemples :

- sont exclues de la garantie du contrat, les réclamations :
 - . ayant pour objet le remboursement par les assurés de rémunérations, émoluments ou tantièmes ;
 - . basées sur le fait que les assurés ont bénéficié d'avantages personnels auxquels ils n'avaient pas droit (ou auxquels ils n'avaient pas légalement droit) ;

(1) Notamment les cas de condamnation "in solidum" de la société et de ses organes sur base des articles 1382 et suivants.

- . dirigées contre un ou plusieurs assurés, en raison du préjudice subi par le souscripteur, du fait de l'attribution de sommes, commissions, biens en nature ou avantages quelconques, à des organismes publics ou à des entreprises ou personnes privées, ou à leurs fonctionnaires, mandataires, représentants, agents ou préposés quelconques, ou à des membres de leur famille. La présente exclusion ne pourra toutefois être invoquée par les assureurs que si les avantages dont question ci-avant excèdent les cadeaux ou services admis par les usages locaux et si leur attribution peut être qualifiée de corruption.
- Sont exclues les réclamations pour des débours se rapportant de quelque façon que ce soit à :
 - . des paiements, des commissions, des libéralités, des avantages ou toute autre faveur au bénéfice des administrateurs, associés, actionnaires, propriétaires, dirigeants, agents, employés ou toutes autres personnes y ayant un intérêt, des clients ou des fournisseurs du preneur d'assurance ou des membres de leur famille ou de toute autre entité avec laquelle ils sont affiliés ;
 - . des paiements, des commissions, des libéralités, des avantages ou toute autre faveur au bénéfice des représentants, fonctionnaires, agents, employés (ou de membres de leur famille ou de toute autre entité avec laquelle ils ont un lien quelconque), permanents ou temporaires de gouvernements, d'autorités ou de forces armées belges ou étrangères ;
 - . des contributions politiques, aussi bien en Belgique qu'à l'étranger.

5. Cas particuliers

a. Il faut se méfier des exclusions automatiques en cas de faillite, de liquidation des biens de la société, de procédure concordataire. Elles sont évidemment susceptibles de paralyser presque intégralement les effets du contrat. C'est lorsque la société commerciale sera en "crise" et particulièrement en cas de faillite que la matière de la responsabilité des mandataires sociaux sera surtout appliquée. En effet, à ce

moment, le curateur, personnage-pivot de la faillite et représentant tant de la société que des tiers aura comme objectif la récupération maximale de fonds. L'un des éléments de l'arsenal juridique dont il dispose sera l'éventail des actions en responsabilité dont certaines ne peuvent être employées qu'en cas de faillite (ex. : art. 63 ter L.C.S.C.).

b. L'exclusion des amendes civiles, administratives et fiscales. Si les amendes relatives à des fautes des organes de la société peuvent être exclues, pour d'autres raisons, mais par analogie avec le sort des amendes pénales, par contre, les amendes à la charge des mandataires sociaux pour des infractions commises par la société et qui dans la mesure où elles sont payées par celle-ci peuvent faire l'objet d'un recours contre eux pourraient rester comprises dans la garantie.

6. Principe de la personnalité d'exclusion

Souvent ce principe est consacré par la police : "lorsqu'un des assurés se trouve dans un des cas d'exclusion précités, cette exclusion lui est personnelle et n'est pas opposable aux autres assurés".

Ce principe appelle deux remarques :

- 1°- il peut être rapproché du régime de la déchéance en cas de réticences et fausses déclarations quant au risque ou d'aggravation non déclarée de celui-ci.
- 2°- son application n'est évidemment que théorique, dans un premier temps, en cas de condamnation solidaire de mandataires sociaux, mais, dans ce cas, l'on débouchera évidemment sur la subrogation de l'assureur (1).

(1) Voyez section 8, E.

Section 8. - OBLIGATIONS DU SOUSCRIPTEUR ET DES ASSURES EN CAS DE SINISTRE.

La distinction entre les obligations respectives de la partie souscriptrice et des assurés ne sera pas toujours aisée car, conformément à ce qui a été dit supra (1), ce sont nécessairement les mandataires qui assument "matériellement" les obligations pesant sur la société.

A. L'obligation principale du souscripteur sera évidemment le paiement régulier des primes. A cet égard, il faut se référer aux principes généraux du droit civil et aux précisions éventuelles apportées par les polices. La sanction la plus courante en cas d'inexécution sera la suspension de la garantie.

Toutefois, les assurés sont protégés en ce sens que cette sanction ne pourra prendre effet que si les formalités prévues contractuellement ont été respectées par l'assureur.

L'on trouve également des clauses explicitant certains principes généraux : charge des frais, reprise d'effet du contrat après suspension de la garantie, quérabilité de la prime, moment du paiement, clause pénale, etc...

B. Déclaration du sinistre et collaboration générale

En cas de sinistre, l'assuré a l'obligation d'atténuer le dommage (art. 17 de la loi du 11 juin 1874). En assurance R.C., cette règle se traduit sous la forme de l'obligation de l'assuré d'avertir l'assureur (2) et, de manière plus générale, de lui transmettre toutes les

(1) Voyez section 2, B.

(2) Voyez Comm. Charleroi, 24 mai 1978, R.G.A.R., 1981, n° 10355 et note MAHAUX (pour le problème de la déclaration du sinistre et son interprétation).

pièces en rapport avec le sinistre. La matière de la R.C. prête évidemment le flanc à de multiples contestations quant à l'existence de la faute et au montant du dommage. L'"assureur-payeur" doit être à même de se défendre très rapidement.

Les polices prévoient généralement un délai maximum pour déclarer le sinistre. De plus, l'obligation est parfois étendue aux menaces de sinistre ("toute situation de nature pouvant donner lieu à la garantie") (1). La sanction prévue en cas de retard imputable aux assurés est généralement la suivante : ils supporteront eux-mêmes les conséquences de ce retard dans la mesure du préjudice subi et prouvé par les assureurs.

La collaboration générale concerne la transmission des documents dans un délai raisonnable, parfois fixé, l'accomplissement de démarches prescrites par l'assureur, etc...

C. Clause de direction du procès

Celle-ci doit être respectée par l'assuré, car elle constitue pour l'assureur non seulement une obligation mais aussi un droit. En effet, généralement, en tout cas sur le plan civil, les intérêts de l'assureur et ceux de l'assuré convergent. La direction du procès est ainsi réservée aux assureurs : il s'agit d'un mandat ad litem, irrévocable puisque consenti dans l'intérêt du mandataire.

En ce qui concerne le choix de l'avocat, un consensus doit y conduire. En cas de désaccord, chaque partie désignera son avocat et en supportera les frais. En outre, l'assuré peut toujours se faire assister, à ses frais, d'un avocat choisi par lui. La conséquence du désaccord des parties à cet égard, à savoir la mise à la charge de l'assuré de tous les frais, nous semble critiquable. Pourquoi ne pas s'inspirer de ce qui a été réalisé ou proposé en "Protection juridique" ?

Certaines contestations pourront surgir, le cas échéant, en ce qui concerne l'exercice des voies de recours (2).

(1) Sur ce problème, voyez Cass. Fr., 9 mai 1979, R.G.A.T., 1980, p. 70.

(2) Ce problème a été évoqué dans le cadre de la R.C. auto. Voyez DELVAUX P.H., Intervention devant les juridictions répressives de l'assureur de la R.C. automobile et contradictions de jugement, note sub. Cass., 22 juin 1978, R.C.J.B., 1980, pp. 322 et DELVAUX P.H., Quelques réflexions sur l'intervention du tiers et, en particulier, de l'assureur de la responsabilité devant les juridictions répressives, note sub. Bruxelles, 22 mai 1981, Doc. 82/3 du Centre de Droit des Obligations de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain.

D. Reconnaissance de responsabilité

Si la reconnaissance par les assurés de la matérialité de certains faits n'implique aucune conséquence sur le plan des relations contractuelles avec l'assureur, il n'en va évidemment pas de même pour des actes juridiques précis posés par les assurés : paiements, promesses d'indemnisation, transactions, etc... (1) (2).

La clause par laquelle l'assuré s'interdit toute reconnaissance de responsabilité est valable (3).

Toutefois, certains de ces actes pourront évidemment être accomplis par les assurés avec le consentement écrit de l'assureur.

E. Subrogation de l'assureur

Institution typique du droit des assurances de choses sensu stricto, la subrogation pourra profiter à l'assureur de responsabilité dès l'indemnisation si le sinistre est dû à la faute non seulement des assurés mais aussi de tiers qui sont alors codébiteurs de la dette de responsabilité. Les assureurs sont subrogés jusqu'à concurrence du montant de leur intervention, dans tous les droits et actions des assurés contre tout tiers responsable du sinistre. Les assurés ne peuvent pas, par leur fait, empêcher cette subrogation. Des exceptions sont parfois prévues en cas de clause d'abandon de recours imposée au preneur ou aux assurés par une institution publique ou par un fournisseur d'énergie.

-
- (1) Voyez notamment l'analyse de ANDRE, De la clause frappant de déchéance l'assuré qui reconnaît sa responsabilité, R.G.A.R., 1938, n° 2700.
- (2) Par contre, un arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles du 22 janvier 1970 R.C.J.B., 1972, p. 60, souligne que l'acceptation d'une transaction pénale n'implique pas de la part du contrevenant présumé une reconnaissance de responsabilité. La transaction ne signifie pas nécessairement la culpabilité mais souvent un moyen d'éviter une procédure devant les tribunaux.
- (3) Voyez l'Argus, 1982, p. 1444, et en jurisprudence belge, Bruxelles, 28 octobre 1968, R.G.A.R., 1969, n° 8336 ; Cass., 15 déc. 1967, Pas., 1968, I, p. 513.

F. Droits des tiers

Un souci de plus en plus aigu de protection de la victime s'est fait jour en assurance R.C. au point de lui donner un double visage : défense de l'assuré, certes, mais aussi et surtout indemnité pour la victime.

Certaines créances ont même connu le sort enviable d'être privilégiées (art. 20, 9° de la loi hypothécaire) ou ont été assorties du mécanisme de l'action directe.

Cette orientation "moderne" ne semble pas affecter de manière générale les assurances R.C. (1). Elle ne trouve pas d'application à propos de l'assurance R.C. des mandataires sociaux.

(1) Voyez par exemple Civ. Bruges, 17 mars 1975, Bull. Ass., 1975, p. 745.

Section 9. - LA FIN DU CONTRAT

D'abord, rappelons que le régime de résiliation du contrat doit être distingué de celui de la suspension de la garantie, dont plusieurs cas d'application ont été développés supra (1).

Les polices prévoient une faculté de résiliation plus ou moins aisée d'une part selon le cadre dans lequel elle s'inscrit, d'autre part en fonction de l'auteur de la résiliation.

De plus, dans de nombreux cas, la résiliation ne peut être donnée que moyennant un préavis.

Les hypothèses de résiliation du contrat, extrêmement nombreuses, recouvrent des situations très différentes sur le plan juridique :

- résiliation unilatérale : l'assureur se réserve de résilier le contrat :
 - . à chaque échéance annuelle
 - . en tout temps
 - . après sinistre.
- modification du risque : l'assureur peut résilier le contrat en cas de modification non déclarée des risques assurés ;
- force majeure : modification de la législation, ...
- disparition du risque : cessation totale des activités du souscripteur, cession de l'intégralité de l'actif et du passif, liquidation de la société.

(1) Notamment au sujet de la déclaration du risque, du non-paiement de la prime, de la déclaration du sinistre, de la reconnaissance de responsabilité.

En cas de résiliation du contrat par l'assureur, une partie de la prime est remboursée au souscripteur. Dans les autres cas, la prime reste acquise à l'assureur.

L'on doit enfin aborder le cas particulier de résiliation du contrat prévu par la loi de 1874 : la faillite de l'une des parties. Dans ce cas, l'assureur ou l'assuré, selon le cas, peut demander caution à son cocontractant failli. A défaut, la résiliation du contrat ne joue pas de plein droit mais elle peut être poursuivie (1). Même si, en cas de faillite de l'assuré, l'assureur ne résiliait pas le contrat (art. 29 lui en donne la faculté), celui-ci pourrait encore être affecté par l'attitude du curateur qui a le choix entre la continuation et la résiliation du contrat. Dans le cas qui nous occupe l'on peut sans doute penser qu'il optera pour la première branche de l'alternative.

Certaines polices consultées comprennent une "clause résolutoire expresse" selon laquelle la faillite met fin au contrat. Cette formule est évidemment à rejeter puisqu'elle conduirait à faire disparaître le contrat à l'un des moments où ses effets sont le plus nécessaires, sous réserve du seul impact de la garantie dite de postériorité.

Au contraire, il faudrait songer à un système par lequel l'assureur renonce a priori à se prévaloir de l'article 29 de la loi de 1874.

(1) FONTAINE M., op. cit., p. 99.

Section 10. PROBLEMES PARTICULIERS

A. Pluralité de polices

Les caractères inhérents aux assurances de responsabilité excluent la référence aux règles de la valeur assurée. Dès lors, la conclusion de plusieurs contrats ayant le même objet est parfaitement concevable.

Le problème de la répartition des obligations entre les assureurs a fait l'objet de discussions doctrinales (1).

En résumé, à défaut de conventions - mais le rapprochement des clauses de différentes polices peut conduire à des contradictions - c'est le régime de la loi de 1874 (les art. 12 et sv.) qui s'applique.

A cet égard, si certaines polices excluent l'intervention de l'assureur si "les assurés sont en droit de faire recours à une ou des polices qui ont pris effet avant", par contre d'autres contiennent des dispositions particulièrement restrictives et choquantes, ainsi, la formule : "si les risques faisant l'objet du présent contrat sont déjà couverts par une autre assurance, la présente police n'interviendra qu'en supplément ou après épuisement des garanties de cet autre contrat, quelle que soit la date de souscription de celui-ci".

(1) DE BLUTS A., La double assurance et la répartition de la charge entre assureurs, J.T., 1954, pp. 146-147 ; LIENARD R., La double assurance de R.C. et la répartition contributoire de la charge entre assureurs, note sous Cass., 18 juin 1953, R.C.J.B., 1954, pp. 112-115.

Ces clauses de subsidiarité souvent intégrées dans les contrats peuvent susciter des difficultés d'interprétation. Si le rapprochement de plusieurs polices ne conduit pas à une solution claire, il faut conclure à l'inefficacité de ces clauses et appliquer les principes relatifs aux assurances multiples énoncées dans la loi de 1874, qui sont malheureusement mal adaptés aux assurances de responsabilité.

Le cas échéant, l'on pourrait aussi tenir compte de la formule suivante qui est parfois paradoxalement accolée à la clause de subsidiarité : "toutefois, au cas où pour une raison quelconque cet autre contrat ne sortirait pas ses effets au moment du règlement du sinistre, les assureurs ne couvriraient le dommage que jusqu'à concurrence du montant maximum assuré.

B. Renouvellement du contrat

La nature du risque couvert entraîne la souscription de polices d'une durée limitée. Celles-ci organisent des modes (exprès ou tacite) de renouvellement du contrat.

C. Obligations survivant au contrat

Le contrat étudié constitue un cas intéressant de "cessation" en deux temps des effets du contrat. En effet, certaines obligations de l'assuré mais surtout des obligations importantes de l'assureur continueront à subsister après la résiliation du contrat. Pour éviter les litiges, il est primordial que les polices prévoient la durée de cette prolongation, ses effets exacts et aussi les modes de règlement des conflits éventuels.

D. Dispositions générales

Outre des clauses peu originales relatives à l'élection de domicile des parties ou à la date et à la notification (1) de certains actes ou faits juridiques, se retrouve régulièrement une obligation dite de confidentialité à charge des assurés. Par cette clause, les assurés contractent une obligation "de ne pas faire" : la discrétion.

Quelle en est la ratio ? Deux données nous semblent justifier l'insertion d'une telle clause :

- 1°- l'assureur établit le montant de la prime en fonction notamment de la probabilité du sinistre ;
- 2°- les personnes lésées décident ou non d'agir en justice dans le but d'obtenir réparation du préjudice qu'elles ont subi en fonction notamment de la solvabilité potentielle du responsable.

Cette clause nous semble difficilement applicable. Outre le fait que les polices ne prévoient aucune sanction précise (s'agit-il de déchéance ou de dommages et intérêts ?), son application n'est possible que dans les rapports entre les assurés et les tiers (comment cacheraient-ils à la société l'existence de cette police ?) et, d'autre part, avant l'intentement d'une première action judiciaire.

E. Calcul de la prime

Nous nous contenterons de citer ici certains critères possibles pour fixer le montant de la prime : le chiffre d'affaires de la société, les totaux portés au bilan, la rentabilité de l'entreprise, son statut juridique, son champ d'activité, la répartition des actions votantes, les dettes à long terme, la marge de bénéfice par rapport au revenu brut, l'appartenance à un groupe de sociétés, etc...

(1) Ainsi, il est souvent prévu que la lettre recommandée constitue une mise en demeure suffisante par dérogation à l'article 1139 du Code civil.

CONCLUSIONS GENERALES

C'est récemment que sont apparues dans divers pays occidentaux des polices couvrant la responsabilité des mandataires sociaux. Les premières polices ont, en effet, été émises par les Lloyds de Londres. Au départ, les réactions ont été timides dans les milieux d'affaires. Mais certaines poursuites retentissantes d'administrateurs aux U.S.A. sont venues créer les conditions d'un développement important de ce marché.

L'existence de telles polices comporte des avantages non négligeables : un moyen évident de prévention, une garantie de solvabilité des mandataires sociaux et, corrélativement, une protection des victimes.

Toutefois, ce risque n'est pas facile à maîtriser par les assureurs. Car, ils seront toujours confrontés à un risque très mouvant, intimement relié non seulement à l'évolution du droit des sociétés et de la responsabilité civile, mais aussi au contexte économique et social tout entier. Il est symptomatique de remarquer que les litiges relatifs à la responsabilité des mandataires sociaux s'étaient également multipliés aux environs des années 1930.

Dès lors, il est prématuré de dissenter sur les chances de succès et sur la généralisation potentielle d'une telle police.

Mais le secteur de l'assurance, confronté ces dernières décennies, à des besoins toujours plus nombreux et complexes, a pu y apporter des réponses satisfaisantes ...