

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20160921\_f\_ch\_b\_01 vom 21. September 2016**

FINMA Versicherungsrecht, 2016-09-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20160921\\_f\\_ch\\_b\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20160921_f_ch_b_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20160921\_f\_ch\_b\_01 du 21 septembre 2016

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20160921\_f\_ch\_b\_01 del 21 settembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Interjeté par la partie qui a succombé dans ses conclusions libératoires et dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu en matière civile (art. 72 al. 1 LTF) par un tribunal cantonal supérieur statuant sur recours (art. 75 LTF) dans une affaire pécuniaire dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF), le recours en matière civile est recevable, puisqu'il a été déposé dans le délai (art. 45 al. 1, 48 al. 1 et 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi.

### **E. 1.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF).

### **E. 1.3**

Si le Tribunal fédéral admet le recours, il statue lui-même sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision (art. 107 al. 2 LTF).

### **E. 2.1**

En substance, la cour cantonale a jugé que toutes les conditions de la responsabilité de l'administrateur étaient remplies et, partant, que celui-ci avait " établi la survenance d'un sinistre couvert a priori par le contrat d'assurance conclu auprès de la compagnie d'assurances ". Elle a retenu que l'administrateur avait agi par négligence et que l'assurance ne pouvait donc pas se prévaloir de la clause des conditions complémentaires d'assurance (CCA 1990) prévoyant l'exclusion de couverture en cas d'agissement intentionnel. Elle a également considéré que, dans les circonstances de l'espèce, l'administrateur n'avait pas perdu son droit aux prestations d'assurance du fait qu'il avait conclu une transaction sans obtenir l'accord de son assureur, que celui-ci ne pouvait réduire ses prestations en invoquant la faute grave de l'assuré et elle a jugé que l'essentiel des montants déjà versés à d'autres administrateurs (soit les sommes de 1'100'000 fr. et de 300'000 fr.) ne pouvait être porté en déduction de la somme assurée de 5'000'000 fr. Page 7

Invoquant l'arbitraire dans l'établissement des faits, ainsi que plusieurs violations du droit fédéral, l'assureur soutient qu'une saine application de la loi et des clauses contractuelles aurait dû conduire la cour cantonale à retenir que l'assuré n'avait droit à aucune indemnisation en l'espèce.

### **E. 2.2**

S'agissant de la prétention émise par l'assuré (appelant en cause) contre l'assureur (appelé en cause), il faut, à titre liminaire, rappeler les principes applicables s'agissant du fardeau de la

preuve.

### **E. 2.2.1**

Selon l'art. 8 CC, le demandeur doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que sa partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du droit (ATF 130 III 321 consid. 3.1 p. 323). Ces principes, qui sont également applicables dans le domaine du contrat d'assurance, impliquent qu'il incombe à l'ayant droit d'alléguer et de prouver, d'une part la réalisation du risque, d'autre part le préjudice qu'il subit lui-même par son obligation d'indemniser le lésé dont les prétentions sont fondées (ATF 130 III 321 consid. 3.1 p. 323; arrêt 5C.240/1995 du 1er février 1996 consid. 2a).

### **E. 2.2.2**

Dans une première étape, il incombe à l'administrateur assuré d'apporter la preuve des faits permettant de constater que toutes les conditions de sa responsabilité sont réalisées (art. 8 CC, art. 754 CO; cf. arrêt 4A\_373/2015 déjà cité consid. 4.3.2). Dans une deuxième étape, il appartient à l'assuré de démontrer que les conditions découlant de la relation contractuelle nouée avec l'assureur sont remplies, lorsque la preuve est à sa charge. Ainsi, si l'assuré conclut une transaction avec le lésé sans l'accord de l'assureur, il lui incombe d'établir les faits dont il résulte qu'aucune faute ne lui est imputable ou que son attitude n'a modifié ni sa situation juridique, ni celle de l'assureur et n'a par conséquent exercé aucune influence sur le règlement du sinistre (arrêt C.197/1982 du 11 novembre 1982 consid. 2c).

### **E. 2.2.3**

Si l'assureur entend se prévaloir d'un moyen libératoire (cf. notamment art. 14 al. 1 et 2 LCA), il lui incombe alors de prouver les faits permettant l'application de la disposition légale ou de la clause contractuelle sur laquelle il se fonde (ATF 130 III 321 consid. 3.1 p. 323). Page 8

### **E. 2.3**

Il résulte d'emblée de l'arrêt entrepris que les magistrats cantonaux n'ont pas examiné séparément chacun des actes reprochés à l'administrateur, mais, dans une motivation succincte, ils ont admis globalement (pour l'ensemble des agissements de l'administrateur) la réalisation des conditions de sa responsabilité. Ils sont ainsi parvenus à la conclusion que l'administrateur " a établi la survenance d'un sinistre couvert a priori par le contrat d'assurance conclu auprès [de l'assureur] ". Plus spécifiquement, dans l'examen des conditions fixées par le contrat d'assurance (deuxième étape), la cour cantonale introduit des points (en particulier des constatations) susceptibles de renvoyer à la première étape du raisonnement (conditions de la responsabilité) (cf. notamment l'affirmation selon laquelle l'administrateur pouvait être conforté dans l'idée qu'une des opérations à l'origine du dommage était une " opération licite ", qui aurait déjà dû être mentionnée sous l'angle de la faute en tant que condition de la responsabilité), ce qui complique encore la compréhension de son raisonnement. Cela étant, on ne distingue pas clairement sur la base de quel(s) agissement(s) l'administrateur a engagé sa responsabilité et pour quel dommage; on peut d'ores et déjà douter que, devant les juridictions cantonales, l'assuré ait apporté la preuve qui était à sa charge. La question peut toutefois rester ouverte. En effet, en signant la transaction extrajudiciaire avec la masse en faillite, puis en versant à celle-ci l'indemnité prévue dans cet accord, l'administrateur a violé le contrat conclu avec l'assureur (deuxième étape, cf. supra consid. 2.2.2) et, partant, celui-ci est libéré de ses obligations. Pour éviter cette conséquence, l'administrateur assuré doit établir les faits dont il résulte qu'aucune faute ne

lui est imputable ou que son attitude n'a modifié ni sa situation juridique, ni celle de l'assureur et n'a par conséquent exercé aucune influence sur le règlement du sinistre (cf. infra consid. 2.4 à 2.7).

#### **E. 2.4**

Il résulte des constatations cantonales que, le 20 avril 2012, l'administrateur a transmis à l'assureur le texte de son projet de transaction avec la masse en faillite, en lui demandant l'autorisation de la conclure. Le 24 avril 2012, l'assureur, en lui réitérant que " la couverture d'assurance n'[était] pas donnée ", lui a interdit de signer cette transaction qu'elle ne ratifiait " ni sur le principe, ni sur la quotité ", et en lui rappelant que, s'il devait conclure, il enfreindrait ses obligations d'assuré " avec les conséquences qui en découl[ai]ent " (arrêt entrepris let. n p. 6). Le 27 avril 2012, Z.\_\_\_\_\_ a finalement Page 9

conclu avec la masse en faillite la transaction extrajudiciaire litigieuse et, le même jour, il lui a versé une indemnité transactionnelle de 5'000'000 fr. (arrêt entrepris let. o p. 6). La cour cantonale arrive néanmoins à la conclusion que l'attitude de l'administrateur n'a exercé aucune influence sur le règlement du sinistre. Elle s'appuie principalement sur le fait que l'administrateur a conclu une transaction portant sur une somme de 5'000'000 fr. alors que la masse en faillite réclamait un montant de 164'525'547 fr. à l'administrateur. Elle en infère que la signature de la transaction ne pouvait être que dans l'intérêt de l'administrateur et de l'assureur. Dans sa réponse, l'administrateur reprend cette position, relevant que la prétention soulevée contre lui se monte aujourd'hui, avec les intérêts, à 288'000'000 fr. et que l'indemnité négociée avec la masse ne représente que le 1,73% de ce montant (mémoire de réponse p. 18).

#### **E. 2.5**

Force est de constater que le montant de la transaction signée par l'administrateur atteint le plafond de la couverture d'assurance (5'000'000 fr.). Cela étant, l'assureur ne pouvait à première vue être placé dans une situation moins favorable et on voit mal comment l'administrateur pourrait établir que son attitude n'a pas modifié la situation juridique de l'assureur ni exercé aucune influence sur le règlement du sinistre (cf. art. 24 CGA).

##### **E. 2.5.1**

La recourante soutient que la conclusion de la transaction est d'emblée injustifiable puisque l'assuré a commis une faute du seul fait d'avoir négocié un accord portant sur l'indemnisation maximale prévue par son contrat d'assurance, en méconnaissant que ce montant devait être partagé avec les autres administrateurs indemnisés en novembre 2009 (il n'est à cet égard pas contesté que le montant total des honoraires versés par l'assureur à ces administrateurs devait être déduit de la somme assurée) (cf. arrêt entrepris consid. 7 p. 21). On peut se demander si le comportement de l'assuré, tel que décrit par la recourante, a vraiment eu une influence sur le règlement du sinistre, puisque l'assureur restait quoi qu'il en soit libre, en vertu du contrat d'assurance, de fixer l'indemnisation due à l'administrateur en retranchant préalablement les montants déjà versés aux autres administrateurs. La question peut toutefois rester ouverte, la signature de la transaction ayant eu une incidence évidente pour les motifs qui suivent. Page 10

##### **E. 2.5.2**

Pour que l'on puisse admettre que l'accord conclu entre l'administrateur et la masse en faillite n'a eu aucun effet défavorable (en particulier pour l'assureur), l'administrateur se

devait avant tout de démontrer qu'il aurait dû inéluctablement s'acquitter (en allant au terme de la procédure judiciaire) de dommages-intérêts supérieurs, ou au moins équivalents, au plafond de la couverture d'assurance. En effet, le postulat défendu par l'administrateur selon lequel le montant transigé (5'000'000 fr.) ne représente qu'une infime partie du montant réclamé à l'administrateur (288'000'000 fr. avec les intérêts, selon l'administrateur), et que la transaction ne pouvait ainsi être que dans l'intérêt de chacun (assureur et assuré), ne pourrait être acceptée que si la responsabilité (et donc l'ampleur du dommage) était clairement établie. Force est toutefois de constater que, contrairement à ce que pense la cour cantonale, le dommage personnellement imputable à l'administrateur n'est pas établi dans l'arrêt attaqué. D'une part, l'autorité précédente impute globalement le dommage à l'administrateur, comme s'il avait été l'unique administrateur de la société, alors même que plusieurs administrateurs se sont succédés, ce qui présupposait de déterminer le dommage causé par chacun d'eux durant leur période d'activité respective au sein de la société. D'autre part, si l'expert, en mentionnant le chiffre de 164'525'547 fr. visait l'aggravation du surendettement (arrêt entrepris let. B.u.c p. 9), la cour cantonale a retenu que ce montant équivalait au préjudice global résultant de tous les manquements reprochés à l'administrateur (arrêt entrepris consid. 4.2 p. 18). Or, le préjudice résultant exclusivement de la violation de l'art. 725 al. 2 CO ne peut être égal au préjudice découlant de toutes les violations puisqu'il résulte notamment des constatations cantonales que d'autres agissements reprochés à l'administrateur (remboursement illicite du capital à l'actionnaire, violation des principes comptables) se sont déroulés en 1997, soit avant le début du surendettement (que la cour cantonale fixe au 31 décembre 1998). A cela s'ajoute que la cour cantonale n'indique pas sur la base de quelle(s) valeur(s) le montant de 164'525'547 fr. a été calculé. A la lecture de l'expertise, il apparaît que la valeur d'exploitation des biens (ici sans aucune pertinence) a été prise en compte (à cet égard, cf. ATF 136 III 322 consid. 3.2.1 p. 325 s.). Page 11

Quant au prétendu " aveu " de l'assureur (qui porterait notamment sur le dommage global de 164'525'547 fr.), l'administrateur tente de le tirer d'un passage (conclusions motivées du 28 août 2014 p. 27 s.) qui ne constitue en réalité pas un aveu. En effet, la seule affirmation selon laquelle le dommage a été " chiffré par l'expert à un montant de CHF 164'525'547.- " n'est à cet égard pas suffisamment claire, puisque l'assureur se limite à désigner un chiffre fourni par l'expert, sans exprimer une quelconque reconnaissance quant au dommage effectivement causé par l'administrateur. Cela étant, on ne peut exclure que la poursuite de la procédure judiciaire aurait pu conduire à ce que l'administrateur soit condamné à verser, à titre de dommages-intérêts, un montant inférieur à 5'000'0000 fr. Il en résulte que l'administrateur n'est pas parvenu à démontrer que la conclusion de la transaction n'a eu aucune influence sur le règlement du sinistre. Partant, l'assureur est libéré de l'obligation d'indemniser son assuré.

### **E. 2.5.3**

Dans ce contexte, l'administrateur, dans une argumentation lapidaire, invoque encore une violation de l'art. 82 CO (mémoire de recours p. 20). Dans la mesure où l'absence de couverture de l'assureur découle de la violation, par l'assuré, de ses obligations contractuelles, on ne voit toutefois pas en quoi cette disposition pourrait être violée. Le Tribunal fédéral n'étant pas lié par la jurisprudence cantonale, c'est en vain que l'administrateur tente de tirer argument d'un arrêt du Tribunal cantonal vaudois, celui-ci traitant au demeurant d'un cas de figure différent. Quant à l'abus de droit que

l'administrateur reproche enfin à l'assureur (mémoire de recours p. 19 s.), il repose sur la prémisse – erronée – d'une transaction extrajudiciaire – conclue dans l'intérêt de toutes les parties – qui permettrait d'éviter, au terme de la procédure judiciaire, le paiement de 288'000'000 fr. de dommages-intérêts. L'argument se révèle donc sans consistance. Page 12

### **E. 2.6**

Dans une motivation " subsidiaire ", la cour cantonale observe que l'appelant en cause avait informé l'assureur de l'existence de négociations avec la masse en faillite et qu'il avait tenté d'obtenir son accord avant la signature de la convention, de sorte qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir conclu une convention avec la masse en faillite (arrêt entrepris consid. 5.2.2 p. 19). Le fait que l'administrateur ait informé l'assureur de l'existence de négociations et qu'il ait tenté d'obtenir son accord (pour la signature de la transaction) n'est en soi pas déterminant pour démontrer que l'administrateur n'a commis aucune faute en signant l'accord litigieux. Admettre le contraire équivaldrait à autoriser l'assuré, qui a informé l'assureur des négociations et sollicité de celui-ci l'autorisation de signer la transaction, à conclure celle-ci, malgré le refus explicite de l'assureur, sans que son comportement ne puisse entraîner une quelconque sanction. Cela priverait la clause contractuelle – pourtant convenue entre les parties au contrat d'assurance (cf. également art. 45 al. 1 LCA) – prévoyant l'interdiction de transiger sans l'accord de l'assureur de toute portée, ce qui ne peut être admis.

### **E. 2.7**

Le moyen tiré de la violation de l'art. 45 al. 1 LCA et des art. 23 et 24 CGA est fondé. Cela étant, il n'y a pas lieu d'examiner les autres violations du droit fédéral invoquées par la compagnie d'assurances, ni la transgression de l'art 9 Cst. soulevée en lien avec un point de fait contenu dans l'arrêt attaqué.

### **E. 3**

Il résulte des considérations qui précèdent que le recours en matière civile de l'assureur doit être admis et que l'arrêt entrepris doit être réformé en ce sens que l'administrateur est débouté de toutes ses conclusions. La cause est renvoyée à la cour cantonale pour nouvelle décision sur les frais et dépens cantonaux. Les frais et dépens de l'instance fédérale sont mis à la charge de l'administrateur, qui succombe (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 et 2 LTF). Page 13

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.