

L'ASSURANCE ADMINISTRATEURS ET DIRIGEANTS : ÉVOLUTION RÉCENTE AUX ÉTATS-UNIS

Jeffrey V. Hill, jhill@hill-lamb.com
Hill & Lamb LLP
Portland, Oregon

I. INTRODUCTION.

Avec la crise financière qui a sévi récemment dans le monde, de nouvelles questions et de nouveaux enjeux sont apparus tant en matière de responsabilité civile des administrateurs et dirigeants d'entreprises qu'en matière d'assurance dans ce domaine. Le présent document se propose de décrire dans les grandes lignes la structure habituelle des polices d'assurance responsabilité civile des administrateurs et dirigeants telles qu'elle apparaît aux États-Unis, et de traiter certaines des problématiques juridiques qui sont apparues dans ce domaine, notamment à la suite de la crise financière. [Précisons toutefois] que la plupart de ces « nouvelles » problématiques n'ont pas pour seule origine la crise financière, mais qu'elles reflètent également les conditions et exclusions de couverture telles qu'elles se développent en fonction de l'interprétation des polices d'assurance par les tribunaux, dans un contexte où les questions de responsabilité civile et de couverture pour administrateurs et dirigeants d'entreprises cotées en bourse évolue continuellement.

II. STRUCTURE D'UNE POLICE TYPIQUE D'ASSURANCE RESPONSABILITÉ CIVILE POUR ADMINISTRATEURS ET DIRIGEANTS AUX ÉTATS-UNIS

L'assurance responsabilité civile des administrateurs et dirigeants (assurance A&D) telle qu'elle fonctionne aux États-Unis fournit une couverture aux administrateurs et dirigeants d'une entreprise et non à l'entreprise elle-même. Actuellement, une assurance typique se décline en trois groupes de couverture distincts, que l'on dénomme couramment par les termes de « Side A », « Side B » et « Side C ». La couverture Side A couvre les administrateurs et dirigeants assurés ; la couverture Side B couvre l'entreprise devant les institutions pour les actions et préjudices que ses administrateurs et dirigeants ont causés et que l'entreprise est obligée d'indemniser en vertu soit du droit étatique ou fédéral, soit des statuts de l'entreprise ; et la couverture Side C, également nommée « couverture entreprise » ou « entité », couvre l'entreprise elle-même pour les actions de ses administrateurs et dirigeants. Les trois couvertures ont chacune un langage propre dans les contrats d'assurance qui définit quels sont les préjudices et actions couverts, et quels sont les pré-requis, exclusions et conditions de couverture, c'est-à-dire les conditions de couverture après perte.

III. CHAMP D'APPLICATION DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE AUX ÉTATS-UNIS

Les évolutions récentes de la jurisprudence traitent les questions qui émergent dans le domaine des contrats d'assurance et de certaines exclusions de couverture. Les tribunaux américains se sont récemment penchés sur ce qu'était une « perte » couverte, en fonction de la définition qu'en donne le contrat d'assurance. Cette

jurisprudence définit si une obligation contractuelle est une « perte », quand les honoraires d'avocat encourus dans un procès dérivatif de droit des sociétés sont une perte, et si l'ordre public interdit qu'une perte soit couverte lorsqu'elle a pour origine principale une fraude.

En général, pour bénéficier d'une couverture, l'administrateur ou le dirigeant doit être poursuivi pour les actions qu'il a effectuées en qualité « d'assuré ». Les affaires récentes ont soulevé la question de savoir si l'assuré avait agi en tant qu'assuré ou dans une qualité autre. Comme dans presque toutes les polices d'assurance responsabilité civile, la condition pour qu'un assureur soit tenu d'indemniser ses clients administrateurs ou dirigeants est que ces derniers soient « obligés par la loi de payer » pour une perte ou des dommages, selon la définition qui en est donnée dans la police. Ainsi, en l'absence du cas où un assuré est obligé par la loi de payer des dommages, l'assureur est dans deux situations : soit il n'est pas tenu à indemniser son client, soit il peut être libéré de cet engagement. Une question qui se pose souvent, en raison de médiations créatives qui cherchent à transférer toute la responsabilité sur l'assureur, est de savoir si la médiation non seulement libère l'assuré de sa sujétion par rapport au droit, mais si elle peut aussi libérer l'assureur de toute obligation de payer. Cette question a souvent présenté des obstacles et des chausse-trappes pour les parties en médiation dans tous les types de litiges d'assurance et les affaires récentes ont soulevé cette problématique dans le cadre de l'assurance A&D. D'autre part, dans le contexte des coûts très élevés engendrés par les investigations de la Securities and Exchange Commission (« SEC »)¹, les affaires récentes ont abordé la question de savoir quand les coûts de préparation des réponses aux investigations de la SEC étaient considérés comme des coûts de défense couverts.

Récemment, les tribunaux se sont aussi penchés sur la question de savoir quand et quelles actions étaient exclues par les « exclusions pour mauvaises actions », et quelles autres exclusions s'appliquaient. Enfin, avec les nombreuses procédures qui risquent d'être intentées en lien avec des pertes financières importantes et les réclamations d'assurés à l'encontre d'autres assurés, il est question de déterminer quels types de réclamations sont exclues de couverture dans le cadre de « l'exclusion assurés contre assurés », une exclusion de longue date conçue pour éviter de couvrir les réclamations, certaines fois collusoires, entre assurés couverts.

1. CE QUI CONSTITUE UNE « PERTE » DANS LES CONTRATS D'ASSURANCE.

Les décisions récentes analysent ce qui constitue une « perte » d'après les contrats d'assurance en cause dans les affaires d'assurance A&D. Les tribunaux ont déterminé que (1) les infractions aux contrats d'assurance ne constituent pas une perte ; (2) les transferts d'honoraires d'avocats dans les actions dérivées constituent une perte ; et (3) les restitutions payées suite à des activités de fraude ou autres, contraires à l'ordre public, ne constituent pas une perte. Les exemples suivants mettent en exergue certaines des affaires les plus significatives en lien avec ces problématiques.

a. Une infraction à l'obligation contractuelle n'est pas une perte

Les tribunaux ont traité récemment la question de savoir si une infraction à une obligation contractuelle constituait une perte au regard d'un contrat d'assurance. Dans l'affaire *Sauter v. Houston Casualty Co.*, 168 Wn App 348, 276 P3d 358, *tel que modifié* 2012 Wash. App LEXIS 1135 (2012), la Cour d'Appel de Washingtonⁱⁱ a décidé que les montants payés pour satisfaire une obligation contractuelle ne constituaient pas une « perte » telle que définie par la police A&D. Dans ses délibérations, la cour a analysé l'exigence du contrat d'assurance selon laquelle la perte devait résulter d'une réclamation pour mauvaise action et en a conclu qu'il n'y avait aucune couverture pour l'obligation de garantie du PDG.

La cour a cité la décision rendue dans l'affaire *August Entertainment, Inc. v. Philadelphia Indem. Ins. Co.*, 146 Cal App 4^{ème} 565, 52 Cal Rptr 3d 908 (2007) et l'a confirmée. Dans l'affaire *August Entertainment*, le tribunal avait estimé qu'une infraction à l'obligation contractuelle ne pouvait donner lieu à une « perte » car ce type de manquement n'était pas une « mauvaise action » et exigeait simplement que l'entreprise paie une somme qu'elle était contractuellement obligée de payer. *Id.* page 568-69. Le tribunal avait ajouté que, s'il avait déterminé que l'infraction constituait une perte couverte selon la définition donnée dans la police, cela « aurait créé un problème moral sérieux car les entreprises auraient été incitées à risquer d'enfreindre leurs obligations contractuelles sachant qu'en cas d'infraction, l'assureur A&D serait au final engagé à payer la dette en résultant. » *Id.* page 582.

Dans l'affaire *Am. Cas. Co. of Reading, Pa. v. Hotel & Rest. Emps. & Bartenders Int'l Union Welfare Fund*, 942 P2d 172 (1997), la Cour Suprême du Nevada a déterminé qu'une police d'assurance ne couvrait pas la responsabilité résultant d'une obligation contractuelle dans le cadre d'un contrat de fusion car la responsabilité ne constituait pas une perte provenant d'une « mauvaise action ». Dans cette affaire, l'International Welfare Fund (« Fonds international ») avait conclu un contrat de fusion avec le Southern Nevada Local Welfare Fund (« Fonds local ») selon lequel le Fonds international acceptait d'indemniser le Fonds local de certaines pertes et certains dommages. Le Fonds international a fini par enfreindre le contrat et, après une médiation avec le Fonds local, a poursuivi American Casualty en vue d'obtenir l'indemnisation de ses frais de médiation. La cour, en appliquant la même analyse que dans l'affaire *August Entertainment*, a déterminé que le jugement à l'encontre du Fonds international ne constituait pas une perte résultant d'une mauvaise action de l'assuré, et a déterminé que la police ne fournissait pas de couverture. *Id.* page 176-177. Voir *Waste Corp. of Am., Inc. v. Genesis Ins. Co.*, 382 F Supp 2d 1349 (S.D. Fl 2005) (obligations contractuelles non couvertes par la police).

Plus récemment, dans l'affaire *Screen Actors Guild, Inc. v. Fed. Ins. Co.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 100638 (C.D. Cal, July 11, 2013), la Federal Insurance Company (« Federal ») a émis une police au profit de la Screen Actors Guild (« SAG ») couvrant les pertes, y compris les pertes résultant de mauvaises actions. La politique définissait une « perte » comme la « somme que tout assuré est obligé de payer pour une réclamation couverte, ce qui comprend, sans s'y limiter, les frais de médiation [et] de

défense ». *Id.* page 3. En 2007, un acteur a initié une procédure collective contre la SAG en déposant une plainte pour, entre autres, conversion et enrichissement injustifié. En septembre 2010, la SAG a conclu un accord de médiation pour résoudre la procédure intentée à son encontre et s'est tourné vers Federal pour demander le remboursement des frais de médiation. Federal a répondu en partie qu'il n'y avait pas couverture lorsqu'une réclamation portait sur des avantages sociaux impayés que l'assuré avait contractuellement accepté de payer. Le tribunal a expliqué qu'une « réclamation pour infraction à un contrat n'était pas couverte par une police de responsabilité civile professionnelle car il n'y avait eu aucune « mauvaise action » ni aucune « perte », puisque l'assuré était simplement obligé de payer une somme qu'il avait accepté de payer." *Id.* page 15-16. Le tribunal a expliqué en outre que « si une partie contractante manquait de payer des sommes dues au titre d'un contrat licite et était poursuivie pour ce manquement, elle ne pouvait ensuite obtenir une manne financière en se faisant couvrir ces paiements par une police d'assurance ne couvrant que les « mauvaises actions » *Id.* page 16. Le tribunal a conclu qu'il n'y avait aucune couverture pour la réclamation.

b. Les honoraires d'avocat constituent une perte dans les actions dérivées

Dans l'affaire *XL Specialty Ins. Co., et al., v. Loral Space & Comm., Inc.*, 82 A.D. 3d 108, 918 N.Y.S. 2d 57 (2011), la Chambre d'Appel de New York a déterminé que la prise en charge des honoraires d'avocat constituaient une « perte » résultant d'une réclamation relative à des titres pour « mauvaise action de l'entreprise ». Dans cette affaire, la définition de « perte » donnée dans la police comprenait les « autres sommes » que l'assuré se voyait « obligé par la loi » de payer. Etant donné que l'assuré était obligé par la loi de prendre en charge les honoraires d'avocats de sa propre poche, la situation s'inscrivait exactement dans la définition générale de « perte ». *Id.* page 113. Voir *Safeway Stores, Inc. v. National Union Fire Ins. Co. of Pittsburgh, Pa.*, 64 F3d 1282, 1287 (9^{ème} Cir. 1995) (les honoraires d'avocat du demandeur constituent une « dépense réelle » selon la police d'assurance car « ce sont les avocats qui ont obtenu l'argent et non les actionnaires »).

c. Les paiements pour fraude et autres actions contre l'ordre public ne constituent pas une perte.

Dans l'affaire *Ryerson Inc. v. Fed. Ins. Co.*, 676 F3d 610 (7^{ème} Cir. 2012), le tribunal a déterminé qu'une « perte » couverte ne comprenait pas la restitution payée par l'assuré suite à la conduite frauduleuse de celui-ci. Dans cette affaire, l'assuré avait payé des millions de dollars pour résoudre des réclamations déposées à son encontre puis s'était tourné vers sa compagnie d'assurance pour se faire rembourser les sommes payées. Le tribunal a déterminé que « si Ryerson avait pu se faire rembourser cette somme par la compagnie d'assurance, il n'aurait pas été puni pour sa fraude. *Id.* page 612. En ajoutant que si « la définition de 'perte' donnée dans la police permettait d'obtenir une telle manne, les voleurs n'auraient alors qu'à s'acheter une assurance

plutôt qu'à rendre l'argent volé. Or personne ne rédige de telles assurances. » *Id.* page 612-13.

D'autres tribunaux ont aussi refusé d'appliquer la définition de « perte » donnant à un assuré la possibilité de se faire indemniser pour des biens mal acquis. Dans l'affaire *OneBeacon Am. Ins. Co. v. City of Granite City*, 2013 U.S. Dist LEXIS 19475 (S.D. Ill, 13 février 2013), l'assureur a initié une procédure en *jugement sommaire*ⁱⁱⁱ dans le cadre d'une procédure de *jugement déclaratoire*^{iv} en argumentant que la police couvrait les défenseurs assurés contre les dédommagements et non contre la restitution d'argent mal acquis. La cour du septième circuit, en citant l'affaire *Ryerson*, a déterminé que la restitution d'argent mal acquis ne constituait pas un dédommagement selon la signification d'une police d'assurance. *Id.* page 8. Voir *TransTexas Gas Corp.*, 597 F3d 298, 308-11 (5^{ème} Cir. 2010) (les restitutions de paiements frauduleux ne constituent pas une « perte » telle que prévue dans la police).

2. AGISSEMENT EN QUALITÉ D'ASSURÉ

Les polices d'assurance A&D ne prévoient une couverture que pour les actes ou omissions des administrateurs ou dirigeants agissant en qualité d'administrateurs ou dirigeants. Pour analyser si une personne donnée agit en qualité d'assuré, il faut examiner la terminologie de la police concernée, notamment les termes « assuré nominatif », « personne assurée » et « mauvaises actions ». En outre, les questions de responsabilité et de couverture sont inextricablement mêlées au droit des sociétés et de la responsabilité civile en vigueur dans la juridiction, ainsi qu'aux fonctions uniques des administrateurs et dirigeants d'entreprises, et ces éléments sont déterminants dans ces questions. Pour résoudre les questions de couverture, les tribunaux tentent de distinguer les actions réalisées en qualité de professionnel des actions réalisées en qualité de particulier.

Dans l'affaire *Sauter v. Houston Casualty Co.*, 168 Wn App 348, 276 P3d 358, *tel que modifié* 2012 Wash App LEXIS 1135 (2012), le tribunal a distingué les actions réalisées en qualité de professionnel des actions réalisées en qualité de particulier. Le tribunal a décidé qu'une « garantie apportée par un dirigeant d'entreprise pour assurer l'endettement de l'entreprise n'était pas réalisée par le dirigeant en tant que professionnel. Dans ces circonstances, en effet, l'entreprise elle-même serait incitée à garantir son propre endettement, ce qui retirerait toute sa signification à la fonction de la garantie. *Id.* page 349. L'assuré argumentait en indiquant qu'il agissait en tant que dirigeant lorsqu'il a effectué la garantie et que ce faisant, il répondait à l'exigence qualitative de « mauvaise action » selon la police. D'après la police, une action réalisée par une « personne assurée » ne constitue une mauvaise action que lorsque cette personne agit « en sa qualité de ... pour le compte de l'entreprise assurée. » Le tribunal a examiné la transaction en cause et remarqué que le PDG concerné avait apporté la garantie en tant que particulier en fournissant des biens personnels pour assurer la garantie, et qu'une entreprise ne pouvait pas être le garant de ses propres dettes, ce qui revêtait une grande importance. Etant donné que le PDG agissait en tant que particulier lorsqu'il a signé la garantie, il n'a commis aucune « mauvaise action » selon la définition de la police A&D et que dans ces circonstances, la police ne prévoyait pas

de couverture pour son obligation financière envers la banque. *Id.* page 363. Voir *August Entertainment, Inc. v. Philadelphia Indem Ins. Co.*, 146 Cal App 4^{ème} 565, 582, 52 Cal Rptr 3d 908 (2007) (un particulier agissant en tant que professionnel ne peut être tenu pour responsable d'une infraction à un contrat d'entreprise. Si le particulier agissait en tant que particulier lors de l'infraction au contrat, aucun de ses actes ou omissions ne sont couvert(e) par l'assurance A&D).

Au contraire, dans l'affaire *Goerner v. Axis Reinsurance Co.*, 2010 US App LEXIS 21624 (9^{ème} Cir. 20 octobre 2010), la cour a déterminé que selon la police A&D en cause, le PDG devait être pris en charge. Dans l'affaire *Goerner*, la plainte ne prétendait pas spécifiquement que le particulier avait agi en tant que PDG de l'entreprise. Elle affirmait simplement que le particulier avait agi pour le compte de deux autres sociétés du même secteur. Le tribunal a interprété l'obligation de prise en charge au sens large et a décidé que l'assuré pouvait raisonnablement s'attendre à être couvert pour les actions réalisées en tant qu'administrateur ou dirigeant de l'entreprise assurée, que cette qualité soit ou non invoquée par le demandeur tiers. Le tribunal a déterminé que le PDG en question avait créé une problématique factuelle en matière de qualité de l'agissant, en montrant que l'entité assurée avait des transactions réelles, ou potentielles, avec tous les particuliers et entreprises en cause dans la plainte sous-jacente et qu'en conséquence, le PDG devait être pris en charge. *Id.* page.

3. OBLIGATION DE PAYER EN VERTU DE LA LOI

La police d'assurance A&D habituelle exige que l'assureur paie la « perte » ou le dédommagement que l'assuré se voit obligé de payer en vertu de la loi suite à une réclamation couverte. En outre, la police peut exclure l'obligation d'indemnisation de l'assureur parce qu'un administrateur ou un dirigeant est libéré de sa responsabilité en raison d'un accord de médiation, d'une convention ou d'une décision judiciaire. Les assurés tentent souvent de transférer les réclamations relatives à leur police au demandeur et d'éviter toute responsabilité personnelle. Certains tribunaux ont, dans leur interprétation de ces accords, déterminé qu'un assureur n'était pas tenu d'indemniser un assuré parce que l'assuré n'était pas « obligé par la loi de payer » un dédommagement. Il est crucial d'examiner la loi en vigueur dans la juridiction concernée pour évaluer les actions directes à l'encontre des assureurs et le transfert des réclamations d'assurance.

Dans l'affaire *Jones v. Golden Eagle Ins. Corp.*, 201 Cal App 4^{ème}, 139, 133 Cal Rptr 3d 874 (Cal Ct App 2011), un demandeur ayant subi des préjudices personnels s'est vu transférer le droit de faire appliquer un jugement à l'encontre de l'assureur de l'entreprise en vertu d'un plan de réorganisation. Selon ce transfert, le demandeur ne pouvait faire appliquer le jugement à l'encontre de l'assuré lui-même. La cour, en réfutant l'obtention d'un quelconque remboursement d'assurance, a déterminé que les poursuites intentées par le demandeur ne présentaient aucun « potentiel d'indemnisation » d'après les polices, car il n'y avait aucune possibilité que l'assuré encoure une « perte » donnant lieu à un remboursement par ses assureurs.

De la même façon avec l'affaire *United States National Ass'n v. Federal Ins. Co.*, 664 F3d 693 (8^{ème} Circ. 2011), le mandataire de créanciers cherchait à obtenir une

indemnisation au titre de plusieurs polices d'assurance A&D qui désignaient un assuré dont les actions avaient conduit l'entreprise à perdre de l'argent et à déposer le bilan. L'entreprise a transféré au mandataire ses réclamations visant les dirigeants. Les créanciers ont accepté de chercher à faire appliquer le jugement à l'encontre des dirigeants uniquement par le biais des polices d'assurance et non sur les biens personnels des assurés. Le tribunal a déterminé que, puisque l'accord de transfert qui permettait de transférer au mandataire le droit restreint de poursuivre les dirigeants pour obtenir une indemnisation de leur assurance *libérait le dirigeant de l'obligation de payer*, le jugement qui avait été obtenu ne donnait pas lieu à une « perte » comme l'exigeait la terminologie générale de la police. *Id.* page 700.

A l'inverse, dans l'affaire *Hrobuchak v. Fed. Ins. Co.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 74160 (M.D. PA, 24 mai 2013), le tribunal a réexaminé le jugement de faillite prononcé par un tribunal selon lequel les créanciers « pouvaient immédiatement procéder à la mise en application du jugement contre la police d'assurance des débiteurs comme le prévoyait et l'encadrait le premier plan modifié de liquidation ». L'assureur a répondu qu'il n'avait aucune obligation d'indemnisation selon la police car le plan de liquidation libérait l'assuré de l'obligation de payer le jugement et que dans ces circonstances, il n'y avait aucune « perte » telle que prévue dans la police. Le tribunal a déterminé, après avoir remarqué que le demandeur avait des raisons valables d'entamer l'action en vertu du droit de Pennsylvanie relatif aux actions directes, que l'accord n'était pas conçu pour libérer l'assuré de responsabilité financière, ou autre, en rapport avec la conduite sous-jacente. En se référant au droit de Pennsylvanie, le tribunal a déterminé que l'accord ne libérait pas l'intéressé de sa responsabilité mais permettait le recouvrement d'une dette consentie sur un actif spécifique. Dans ce contexte, le tribunal a décidé que la couverture n'était pas entravée par la disposition de la police prévoyant la « libération de l'obligation de paiement ». *Id.* page 33.

D'autres tribunaux ont aussi déterminé qu'une « perte » se produisait effectivement même si les biens personnels de l'assuré n'étaient pas en risque. Voir *Pengill Masonry, Inc. v. Aspen Ins. UK Ltd*, 674 F Supp 2d 1150, 1158 (E.D. Cal 2009) (le tribunal a reconnu qu'un engagement solennel de non exécution n'était pas assimilable à une libération étant donné qu'il pouvait avoir des effets néfastes pour l'assuré, notamment la détérioration de son crédit futur) ; *Pruyn v. Agric. Ins. Co.*, 36 Cal App 4^{ème} 500 (1995) (rejet de l'argument des assureurs selon lequel la partie était libérée de sa responsabilité car l'assuré « n'avait plus d'obligation légale en vue de l'engagement solennel. ») ; *National Union Fire Ins. Co. of Pittsburgh, Pa. v. Puget Plastics Corp.*, 649 F Supp 2d 613, 625 (S.D. Tex 2009) (*aff'd* 454 F App'x, 291 5^{ème} Cir. 2011) (jugement résultant de la médiation entre un assuré et un plaignant sous-jacent, le plaignant pouvait déposer une plainte contre l'assureur malgré l'engagement solennel de non exécution du jugement contre l'assuré).

Pour parer à ces problèmes, les Etats ont promulgué des lois rendant possible le transfert des réclamations par les assurés à l'encontre de leurs assureurs. Ces lois doivent être examinées avec soin pour confirmer que les dispositions de la loi ont été strictement respectées lors de l'élaboration du jugement et du transfert stipulés. Par

exemple, selon le droit de l'Oregon, un assuré peut transférer une réclamation contre un assureur en vertu de la loi ORS 31.285 comme suit :

Transfert du motif de l'action contre l'assureur. Un défenseur concerné par une action en responsabilité civil contre lequel un jugement a été rendu peut transférer tout motif d'action qu'il a contre son assureur suite au jugement au demandeur auquel le jugement a donné gain de cause. Ce transfert et toute libération ou toute convention donnée pour la cession ne peut éteindre le motif d'action contre l'assureur, à moins que la cession ne le prévoie spécifiquement.

La loi ORS 31.825 prévoit qu'un demandeur, dans une action en préjudice, peut transférer tout motif dont il dispose contre son assureur au demandeur « auquel le jugement a donné gain de cause ». Dans l'affaire *Brownstone Homes Condo Ass'n v. Brownstone Forest Heights, LLC*, 255 Or App 390, 298 P3d 1228 (2013), *rev. allowed*, 2013 Ore. LEXIS 557 (26 juillet 2013), la Cour d'Appel de l'Oregon a traité la question de savoir si un cessionnaire pouvait saisir l'indemnisation d'une police d'assurance émise à l'attention d'un assuré qui avait cédé les demandes d'indemnisation en vertu de la loi ORS 31.825. Le tribunal a en particulier analysé l'élément chronologique de la loi et a conclu que la loi préservait les droits cédés à l'encontre d'un assureur et « résultant d'un jugement » qui « avait été rendu » avant la cession. *Id.* page 398. Pour analyser à qui appartiennent les indemnisations à percevoir, le tribunal a indiqué qu'une saisie-arrêt ne donnait au demandeur créancier du jugement pas plus de droits contre le tiers saisi qu'au défenseur débiteur. Etant donné que la cession prévue dans l'accord de médiation était antérieure au jugement stipulé et puisque le jugement n'avait « pas été prononcé » au moment de la cession, l'assureur n'était pas obligé de payer d'après la loi ORS 31.825. *Id.* page 400. En conséquence, si l'on exclut la prononciation du jugement à l'encontre de l'assuré, la cession ne donne pas au cessionnaire le droit d'initier une action à l'encontre de la police d'assurance de l'assuré.

4. DISPONIBILITÉ D'UNE COUVERTURE POUR FRAIS EN CAS D'INVESTIGATION PAR LA SEC OU AUTRE ADMINISTRATION.

La question de savoir si les frais associés à certaines investigations gouvernementales sont couverts est déterminée par la terminologie spécifique de la police et la nature des frais encourus. Lorsqu'une police donne une définition large d'une réclamation et inclut les investigations formelles, les frais encourus pour préparer la réponse à la subpoena^v ou à une enquête sont clairement couverts. D'un autre côté, si la police définit clairement une réclamation comme plainte ou réclamation formelle, les frais liés à une investigation ne sont simplement pas couverts. L'affaire la plus libérale dont il est question ci-dessous est l'affaire californienne du *Gateway* dans laquelle le tribunal a confirmé la couverture probablement pour la seule raison qu'il considérait que l'assuré avait une bonne raison de compter sur le remboursement de ses frais d'investigation même si aucune réclamation effective n'avait été déposée.

Dans l'affaire *Gateway, Inc. v. Gulf Ins. Co.*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 91063 (S.D. Cal. August 15, 2011) la SEC a fait des réclamations relatives à des titres à l'encontre de l'entreprise, de certains de ses administrateurs et dirigeants, puis a initié des investigations, mais n'a pas formulé de réclamations à l'encontre des autres administrateurs et dirigeants. L'assureur a admis que les frais associés à l'entité et aux administrateurs et dirigeants envers lesquels la SEC avait formulé une réclamation étaient assurés. La question était de savoir si les coûts de préparation de la réponse au nom des seuls administrateurs et dirigeants objets de l'investigation étaient assurés.

L'assuré réclamait une couverture Side B pour les frais des employés sur lesquels seule une investigation de la SEC avait porté. L'entreprise assurée soutenait que l'assureur était obligé d'indemniser les employés pour les frais d'investigation et qu'une subpoena constituait une « réclamation ». La police définissait la « réclamation » comme une demande formelle de dédommagement ou une « procédure d'investigation formelle devant la Securities and Exchange Commission ». L'assureur a répondu qu'aucune réclamation formelle n'avait été faite à l'encontre des employés et qu'il n'était donc pas obligé de rembourser l'entité assurée. Le tribunal a constaté une ambiguïté dans la définition de la réclamation – à savoir qu'il n'était pas clair si l'adjectif « formel » comprenait une procédure d'investigation avec subpoena – et que la couverture des frais de réponse à la subpoena figuraient parmi les frais dont l'assuré pouvait « raisonnablement et objectivement attendre le remboursement. » L'assureur a été contraint de payer les frais d'avocat encourus pour préparer la réponse à la subpoena.

Dans l'affaire *Office Depot, Inc. v. National Union Fire Ins. Co.*, 453 Fed Appx 871, U.S. Dist. LEXIS 20759 (11^{ème} Cir. 13 octobre 2011), la Cour d'Appel du onzième circuit est parvenue à un raisonnement différent en déterminant une couverture plus restreinte que le tribunal de district fédéral californien dans l'affaire *Gateway*. En juillet 2007, la SEC a envoyé à Office Depot un courrier « l'informant que la Commission commencerait à mener une enquête sur Office Depot pour déterminer si l'entreprise avait enfreint la loi en matière de titres. » En janvier 2008, la SEC a émis un arrêté formel d'investigation puis, en décembre 2009, a déposé une plainte formelle, les parties ont alors annoncé une médiation. La question était de savoir lesquels des honoraires d'avocat étaient couverts, le cas échéant, entre ceux qui ont été encourus à partir du courrier de 2007 jusqu'à l'investigation formelle, lors de la plainte ultérieure et lors de la médiation.

La police d'assurance d'Office Depot définissait une « réclamation » comme une « procédure... civile, pénale... initiée » par une plainte, une inculpation ou une autre assignation formelle. La police couvrait les frais de l'assuré relatifs à l'investigation après la formulation d'une réclamation de ce type. Le tribunal a restreint les frais de réponse aux investigations en concluant que : la police « ne couvrait pas les frais encourus à partir de l'avis initial avertissant des circonstances jusqu'au moment où une réclamation était formulée à l'encontre de l'assuré. Aucun terme de [la police] n'indiquait que la couverture s'étendait aux frais de défense encourus après la formulation de l'avis mais avant qu'une réclamation n'existe effectivement. » *Id.* page 16.

Dans l'affaire *MBIA, Inc. v. Fed. Ins. Co.*, 652 F 3d 152 (2nd Cir. 2011), la couverture était bien plus étendue et le tribunal a conclu que les frais d'investigation au sens large, après la formulation d'une simple subpoena, étaient couverts. Le contrat d'assurance couvrait les « réclamations relatives à des titres », notamment les « procédures formelles ou informelles d'ordre administratif ou réglementaire, ou les enquêtes initiées par une assignation, d'un arrêt d'investigation formel ou informel ou d'un document similaire. » La politique couvrait aussi les frais de défense « encourus en cas de défense ou d'investigation relative aux réclamations relatives à des titres ». Etant donné que la définition de la réclamation comprenait les enquêtes informelles, le tribunal n'a eu aucune difficulté à conclure que les frais encourus par l'assuré pour répondre à une subpoena étaient couverts.

D'autres tribunaux situés en dehors de la zone régie par la SEC sont parvenus à des résultats similaires. Par exemple, dans l'affaire *Employers' Fire Ins. Co. v. Pro-Medica Health Systems Inc.*, U.S. Dist. LEXIS 150225 (N.D. Ohio 31 décembre 2011), selon la police, la définition d'une réclamation comprenait « une demande écrite de réparation pécuniaire, non pécuniaire ou par mesure injonctive » et couvrait les frais liés à l'investigation. Le tribunal a conclu que, puisqu'une réclamation avait été faite mais qu'elle n'avait pas été signalée à l'assureur avant la prise d'effet de la police, les frais d'investigation associés à une investigation anti-trust n'étaient pas couverts.

5. EXCLUSION POUR MAUVAISE ACTION

L'exclusion « pour mauvaise action » exclut de la couverture les pertes émanant de toute(s) mauvaise(s) action(s) de l'assuré. Bien que de nombreuses polices d'assurance contiennent des exclusions pour mauvaises actions, l'applicabilité de ces exclusions est discutable et les tribunaux refusent souvent d'appliquer les exclusions en raison d'une ambiguïté. Même si l'exclusion est jugée ne contenir aucune ambiguïté, un assureur doit souvent prendre en charge l'assuré jusqu'à ce que l'assuré soit déclaré effectivement responsable d'une mauvaise action donnant lieu à exclusion.

Dans l'affaire *Pendergest-Holt v. Certain Underwriters at Lloyd's of London*, 600 F3d 562 (5^{ème} Cir. 2010), le tribunal a analysé une exclusion pour blanchiment d'argent qui excluait de la couverture les pertes (notamment les frais de défense) ayant pour cause ou corollaire « direct(e) ou indirect(e) » un ou des acte(s) quelconque(s), effectifs ou supposés, de blanchiment d'argent. » La police définissait les conditions d'applicabilité de cette exclusion comme suit :

Nonobstant l'exclusion précitée, Underwriters paiera les frais, charges et dépenses dans le cas d'un acte ou d'actes supposé(s) *jusqu'au moment où il sera déterminé que le ou les acte(s) supposé(s) se sont effectivement produits*. Dans un tel cas, les administrateurs et dirigeants, et l'entreprise, rembourseront Underwriters les dits frais, charges et dépenses payés en leur nom. *Id.* page 567 (*insistance*).

Underwriters a envoyé un courrier avisant les cadres qu'ils ne seraient plus couverts par la police A&D car l'assureur avait déterminé, sur la base de preuves dont il disposait à ce moment, qu'il y avait bien eu blanchiment d'argent. *Id.* page 567-68. Le tribunal a analysé le terme « effectivement » et a conclu qu'il était ambigu ; en conséquence, en l'absence de précision désignant Underwriters comme le décideur, un acte judiciaire était nécessaire pour déterminer les faits. *Id.* page 573-74. Le tribunal a estimé que, puisque les cadres n'avaient pas été jugés responsables de blanchiment d'argent dans une procédure distincte, Underwriters était tenu de continuer à payer tous les frais, charges et dépenses comme le prévoyait la police. *Id.* page 574.

De la même manière, dans l'affaire *Wintermute v. Kan. Bankers Sur. Co.*, 630 F3d 1063 (8^{ème} Cir. 2011), le tribunal a aussi analysé le terme « effectivement » et conclu qu'un assureur ne pouvait refuser de prendre en charge l'assuré uniquement parce qu'il soupçonnait une plainte, à moins que les faits ne soient incontestables. *Id.* page 1072. Etant donné que les faits n'indiquaient pas clairement si l'assurée avait bénéficié d'un gain personnel auquel elle n'avait pas droit (« mauvaise action »), la cour a renvoyé l'affaire au tribunal de district pour que l'instruction soit complétée. *Id.* page 1073. Voir *Homebank of Ark. v. Kan. Bankers Sur. Co.*, 2008 US Dist. LEXIS 51767, 3-4 (E.D. Ark, July 7, 2008) (l'assureur avait le devoir de défendre le président contre les réclamations de fraude car il y avait une possibilité, aussi ténue soit-elle, que les faits restant à établir montrent que les exclusions pour avantage personnel et malhonnêteté ne s'appliquaient pas »).

Dans l'affaire *Am. Home Assur. Co. v. Pope*, 591 F3d 992 (8^{ème} Cir. 2010), le tribunal de district avait déterminé que l'assuré s'était consciemment éconduit au regard de la terminologie de la police d'assurance. La Cour d'Appels du onzième circuit a décidé que l'exclusion mentionnée dans la police était ambiguë et a annulé la décision du tribunal de niveau inférieur. La disposition en cause dans la police excluait de la couverture « toute mauvaise action commise avec la conscience que c'était une mauvaise action ». La police définissait une « mauvaise action » comme « toute action, erreur ou omission négligente, effective ou supposée, ou toute diffamation effective ou supposée. American Home prétendait que, puisque l'assuré savait qu'il avait l'obligation de signaler le cas et qu'il ne l'avait pas fait, il avait commis consciemment une mauvaise action. *Id.* page 1000. Toutefois un jury a déterminé que la conduite de l'assuré avait été négligente et a donc déterminé que l'exclusion ne s'appliquait pas. *Id.*

6. EXCLUSION POUR PROCÉDURE « ASSURÉ CONTRE ASSURÉ »

Les polices A&D contiennent souvent des exclusions relatives aux réclamations formulées par un assuré à l'encontre d'un autre assuré. Contrairement à l'exclusion pour mauvaise action étudiée ci-dessus, les tribunaux sont souvent disposés à confirmer l'exclusion pour procédure « assuré contre assuré » car si ces réclamations étaient permises, tout porte à croire qu'elles transformeraient l'assurance responsabilité en une « assurance pour pertes d'affaires », en effet, « les entreprises auraient la possibilité d'utiliser l'assurance pour couvrir leurs propres erreurs de gestion. » *Biltmore Assocs., LLC v. Twin City Fire Ins. Co.*, 572 F3d 663, 669 (9^{ème} Cir. 2009) ; voir *Township of Center v. First Mercury Syndicate, Inc.*, 117 F3d 115, 119 (3rd Cir. 1997)

(les exclusions pour procédures assuré contre assuré ont été instituées pour « empêcher les poursuites collusoires dans lesquelles une entreprise assurée pourrait chercher à forcer son assureur à payer pour les erreurs stratégiques de ses dirigeants ou administrateurs »).

Dans l'affaire *Miller v. St. Paul Mercury Ins. Co.*, 683 F3d 871, 872 (7^{ème} Cir. 2012), la cour a remarqué que l'exclusion ne s'appliquait qu'aux demandeurs qui sont assurés. Dans cette affaire, les demandeurs assurés étaient poursuivis par un groupe de demandeurs dont certains étaient assurés et d'autres ne l'étaient pas. La cour a décidé que St. Paul n'avait pas l'obligation de défendre ou d'indemniser les réclamations formulées par les trois demandeurs assurés mais qu'il devait défendre et indemniser les réclamations formulées par les deux demandeurs non assurés. *Id.* page 873.

Il n'est pas toujours aisé de déterminer si un demandeur est un assuré ou s'il n'en est pas un. Dans l'affaire *Wojtunik v. Kealy*, 2011 US Dist LEXIS 36229 (U.S. Dist. Ariz, March 31, 2011), l'exclusion pour procédure assuré contre assuré stipulait, dans la partie qui nous intéresse :

L'assureur n'est pas tenu de procéder à la moindre indemnisation pour une perte ayant un lien avec une réclamation formulée à l'encontre d'un quelconque assuré :

* * *

F.par un quelconque des administrateurs et dirigeants...

La police définissait aussi les administrateurs et dirigeants comme étant « dûment élus ou nommés ». Etant donné que le demandeur était uniquement désigné comme président dans un contrat de travail et qu'il n'était pas « dûment élu ou nommé » tel que le requérait la police, le demandeur ne répondait pas à la définition d'un assuré et la cour a décidé que l'exclusion était inapplicable. *Id.* at 16.

Dans l'affaire *Macey v. Carolina Cas. Ins. Co.*, 674 F3d 125 (2nd Cir. 2010), la cour a aussi analysé le terme « dûment élu ou nommé ». Dans cette affaire, les actionnaires demandeurs avaient perdu tout titre de propriété dans une société après une fusion. Ils avaient alors entamé des poursuites en fondant leur action sur l'infraction au devoir fiduciaire entourant la fusion ; l'assureur avait refusé de les assurer en invoquant l'exclusion pour procédure assuré contre assuré. La cour a décidé que, puisque la police n'indiquait pas quand les actionnaires cesseraient d'être des administrateurs ou dirigeants dûment élus ou nommés, elle était ambiguë et pouvait être comprise de plus d'une manière. » *Id.* page 130. En raison de l'ambiguïté, la police a été interprétée au détriment de l'assureur et la couverture a été confirmée.

IV. CONCLUSION

La récente crise financière a donné aux tribunaux américains l'occasion de faire évoluer les concepts de couverture dans le domaine des assurances responsabilité

pour administrateurs et dirigeants. S'il est impossible de tirer de conclusions générales étant donné que de nombreuses juridictions appliquent leur propre droit, on observe néanmoins que les administrateurs et dirigeants d'entreprises sont de plus en plus exposés à ce type de risques, et les assureurs devraient faire évoluer la terminologie en matière de couverture pour anticiper cette évolution.

[Notes du traducteur]

ⁱ *La Securities Exchange Commission est l'équivalent américain de l'Autorité française des Marchés financiers.*

ⁱⁱ *La Cour d'Appel de Washington est la cour d'appel de l'Etat de Washington.*

ⁱⁱⁱ *Le dépôt d'une requête en jugement sommaire est une phase cruciale dans une procédure en matière civile. Le dépôt de ce type de requête signifie dans l'essence que la partie requérante force la partie adverse à présenter au juge les meilleures preuves qu'elle possède. Si la partie adverse n'apporte pas de preuves suffisantes pour démontrer qu'elle peut emporter gain de cause, l'affaire est rejetée et la partie adverse ne peut présenter son cas auprès d'un jury.*

^{iv} *En matière civile, le jugement déclaratoire peut être demandé par une partie impliquée dans une action en justice afin que le tribunal émette une déclaration établissant le statut, les droits et obligations des parties en jeu, lorsqu'il existe un doute quant à la position de chacune d'entre elles.*

^v *La subpoena désigne une injonction de produire un témoignage ou un document.*