

D&O Message 2024

RISK AND INSURANCE



Bulletin d'information sur l'évolution de la responsabilité personnelle des membres du Conseil d'administration et de la Direction générale (Directors' & Officers' Liability, D&O).

Les membres du Conseil d'administration et du Management subissent une pression constante et doivent sans cesse relever de nombreux défis résultant d'adaptations législatives, de l'influence des réseaux sociaux, de la situation géopolitique ou des fluctuations de la politique monétaire. Les tensions sur cette dernière se sont quelque peu apaisées et en comparaison directe avec l'Europe, la Suisse tire bien son épingle du jeu. Dans la zone euro, le taux d'inflation est tombé à 2,8% en moyenne – la Suisse se distingue même avec une valeur de 1,3%. Le revirement quelque peu surprenant des taux d'intérêts décidé par la Banque nationale suisse est également un signe de stabilité. La réduction du taux directeur de 1,75% à 1,5% est un signal fort à l'attention des autres banques centrales qui ont fixé leur taux à 4,5% (BCE) et 5,25% (FED).

Cas pratiques tirés de la presse

Responsabilité en vertu du droit des sociétés

CHANGEMENT CLIMATIQUE : CLIENTEARTH PORTE PLAINTE CONTRE SHELL

En première mondiale, ClientEarth a lancé une procédure judiciaire portant sur le changement climatique contre les plus hauts dirigeants de Shell au Royaume-Uni. L'ONG reproche au géant de l'énergie de ne pas s'être suffisamment préparé aux risques financiers et à l'atteinte de l'objectif « zéro net » de l'Accord de Paris. La Haute Cour, puis la Cour d'appel, ont rejeté la procédure, estimant que la plainte formulée n'était pas suffisamment étayée. Même si les chances de succès d'actions similaires semblent actuellement faibles, les organes dirigeants devraient se montrer plus proactifs en termes de stratégies climatiques afin d'éviter de futures actions en justice. Les ONG et le public pourraient intensifier leurs efforts dans ce sens.

INSOLVABILITÉ DE SIGNA

En novembre 2023, l'empire immobilier Signa s'est déclaré en faillite. De nombreux créanciers suisses sont également concernés, comme la banque privée Julius Bär avec plus de CHF 600 millions de dépréciation de prêts hypothécaires, qui a vu son CEO Philipp Rickenbacher démissionner. Diverses procédures pénales pour fraude présumée ont été engagées contre le fondateur René Benko. Selon des informations de la Süddeutsche Zeitung, il existerait une limite D&O de EUR 100 millions, supportée par différents assureurs reconnus, dont le potentiel épuisement pourrait avoir une influence négative sur le marché européen de l'assurance D&O.

CREDIT SUISSE

En mars 2023, l'UBS a fusionné avec le Credit Suisse (CS). La Suisse ne dispose ainsi plus que d'une seule banque d'importance systémique mondiale. La Confédération a approuvé la fusion sous certaines conditions, dont la dépréciation des obligations subordonnées AT1, provoquant des pertes totales pour des milliers d'investisseurs.

120 des 1 300 détenteurs d'obligations ont déposé des recours auprès du Tribunal administratif fédéral afin de récupérer leurs investissements. Le tribunal a accordé un droit de regard sur la décision de dépréciation. Le litige porte sur la légitimité de la décote et l'adéquation de la mesure. Une procédure pilote permettra de trancher. Des cabinets d'avocats asiatiques envisagent de porter plainte devant des tribunaux arbitraux internationaux, tandis qu'un groupe d'investisseurs entend poursuivre la Suisse pour expropriation aux États-Unis. Des plaintes collectives américaines ont été déposées contre le CS et des organes dirigeants, y compris une plainte de détenteurs d'obligations AT1 aux États-Unis.

SIGNA

Selon des informations de la Süddeutsche Zeitung, il existerait une limite D&O de EUR 100 millions, supportée par différents assureurs reconnus, dont le potentiel épuisement pourrait avoir une influence négative sur le marché européen de l'assurance D&O.

Changements législatifs

En cours et à venir

LOI SUR L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE (IA)

La Loi sur l'IA de l'UE, première réglementation de l'intelligence artificielle et première loi globale sur l'IA au monde, marque une étape décisive dans la promotion d'une IA digne de confiance en Europe. L'objectif est de préserver les droits fondamentaux, la sécurité et les principes éthiques grâce à de nouvelles règles et de faire face aux risques générés par les puissants dispositifs d'IA. Trois catégories d'IA sont définies : les IA interdites, les IA à haut risque et les IA à risque limité. À l'instar des règles du RGPD, des amendes pouvant atteindre EUR 35 millions ou 7% du chiffre d'affaires mondial sont à prévoir. La Suisse entend développer des réglementations compatibles d'ici fin 2024. Le marché de l'assurance IA, qui devrait atteindre un volume de 407 milliards d'ici 2027 et contribuer à hauteur de 21% au PIB américain d'ici 2030, promet d'énormes opportunités de croissance. Cette perspective exige que les entreprises qui utilisent ou développent l'IA procèdent à une évaluation précise et attentive des risques liés à la protection des données, à la vie privée, à l'éthique et aux droits de l'homme.

LSA/LÉGITIMATION PASSIVE DU LLOYD'S OF LONDON

La révision de la Loi sur la surveillance des assurances a permis de lever une ambiguïté qui existait jusqu'à présent concernant la capacité juridique du Lloyd's of London. En tant qu'entité juridique de droit anglais, Lloyd's of London est en principe considéré comme ayant la capacité de contracter et donc d'agir en justice. En revanche, l'association des souscripteurs du Lloyd's n'a pas

la capacité juridique en tant que telle et, par conséquent, n'a pas non plus la capacité d'intenter une action en justice.

La légitimation passive joue ici un rôle décisif. Elle définit qui peut agir en tant que défendeur dans une procédure judiciaire. Dans ce cas, la question se pose de savoir si le Lloyd's of London en tant qu'organisation globale ou seulement certains de ses membres (les souscripteurs) peuvent être impliqués dans un litige. L'introduction du régime spécial de légitimation passive du Lloyd's of London permet de tenir compte de cette complexité. Ce régime s'inspire du droit de l'UE et permet au Lloyd's of London, en tant qu'organisation globale, d'agir en tant que défendeur dans les procédures judiciaires, tout en continuant à tenir compte de la responsabilité juridique de chaque souscripteur du Lloyd's. Cela apporte une sécurité juridique et une clarté quant à la position du Lloyd's of London dans le cadre de la Loi sur la surveillance des assurances.

LLOYD'S

En tant qu'entité juridique de droit anglais, Lloyd's of London est en principe considéré comme ayant la capacité de contracter et donc d'agir en justice.

Good to know

L'ASSURABILITÉ DES AMENDES

SIX Exchange Regulation AG (SER) a ouvert une enquête contre Orell Füssli AG en mars 2023. En novembre de la même année, à la demande de SER, la Commission des sanctions de SIX Group SA a condamné Orell Füssli à une amende pour plusieurs violations par négligence et une violation par négligence grave des dispositions relatives à la publicité ad hoc. Orell Füssli n'a pas fait appel et la décision de la Commission des sanctions est devenue définitive.

Dans les polices D&O suisses, les amendes sont généralement exclues, mais les formulations diffèrent. Souvent, de telles exclusions sont mentionnées non seulement dans des listes, mais également dans la définition des dommages économiques. Cela inclut également les indemnités à caractère pénal, afin de couvrir les

peines conventionnelles américaines. Même sans exclusion des sanctions pécuniaires, on peut se demander si la notion de dommage en droit de la responsabilité civile serait remplie et si la prise en charge d'une amende en droit civil ne ferait pas dévier son but punitif. Dans de nombreux pays, il est interdit d'assurer les amendes pénales, afin de ne pas porter atteinte à l'objectif même de la sanction imposée.

Même si l'amende n'est pas assurable, la prise en charge des frais de défense des organes par l'assureur D&O aurait pu être examinée dans le cas présent. En outre, des couvertures supplémentaires d'une police D&O auraient éventuellement pu être appliquées. Dans ce contexte, on pourrait envisager le remboursement des frais d'enquête liés aux organes.

Développement du marché et thèmes actuels

Assurance D&O

DROIT D'URGENCE / SANCTIONS

Dans le cadre du rachat de Credit Suisse par l'UBS, le Conseil fédéral a utilisé le droit d'urgence pour garantir la stabilité financière. Des critiques se sont élevées contre la restriction des droits des actionnaires et la possibilité d'expropriation. La légitimité de l'ordonnance d'urgence est mise en doute. Les plaintes déposées à l'occasion de la radiation des obligations subordonnées AT1 sont toujours en suspens et pourraient faire jurisprudence – y compris pour le marché de l'assurance D&O. Une initiative visant à contester le droit d'urgence a toutefois échoué faute de signatures. En même temps, les sanctions et les clauses y afférentes

dans nos contrats d'assurance gagnent en importance. Des réflexions et des négociations minutieuses sont indispensables, car les sanctions sont un processus politique complexe, tant au niveau national qu'international. Le choix des sanctions dépend de plusieurs facteurs. Il convient donc d'examiner attentivement les clauses et, le cas échéant, de les challenger afin d'éviter tout refus de couverture.

BENCHMARK DES MONTANTS ASSURÉS

Montants moyens assurés – clients Kessler (situation avril 2024)



Le marché de l'assurance D&O s'est clairement inversé en 2023. En raison du nombre élevé de prestataires, la concurrence a été intense et la plupart des assureurs ont massivement augmenté leur appétit pour le risque. Pour beaucoup de nos clients, les primes sont revenues à un niveau proche de celui d'avant durcissement. La prime

économisée a souvent permis d'acheter à nouveau une partie de la capacité à laquelle on a renoncé sur le hard market. Le benchmark le reflète dans toutes les catégories. Les comparatifs montrent également qu'en raison de l'expansion internationale et des défis locaux en matière de conformité, de plus en plus de clients commencent à déployer des programmes internationaux. L'augmentation par rapport à l'année dernière a été de près de 10%. Au-delà des économies de primes, des améliorations des conditions ont été possibles et les contrats pluriannuels sont redevenus courants.

Du fait que presque toutes les entreprises cotées en bourse optent pour un programme international, nous avons décidé de ne faire figurer dans notre benchmark que les entreprises privées disposant d'un programme international.

KESSLER EN BREF

Kessler est l'entreprise leader dans le domaine du conseil en risques, assurances et prévoyance en Suisse. Nous nous occupons de plus de 1 500 moyennes et grandes entreprises suisses issues des services, du commerce et de l'industrie ainsi que du secteur public. Grâce à nos compétences dans les différents secteurs économiques, à nos collaborateurs qualifiés et à notre position de leader sur le marché, nous contribuons de manière significative au succès durable de nos clients. En tant que partenaire fiable, nous suscitons leur enthousiasme et leur ouvrons de nouvelles perspectives par notre gestion sûre des risques. Fondée en 1915, Kessler compte aujourd'hui 350 collaborateurs travaillant au siège à

Zurich et sur les sites de Bâle, Berne, Genève, Lausanne, Lucerne, Neuchâtel, Saint-Gall, Sion et Vaduz. En tant que partenaire suisse de Marsh, nous faisons depuis 1998 partie d'un réseau de spécialistes issus de toutes les branches de gestion des risques et disposons d'une grande expérience dans le suivi des programmes d'assurances globaux. Actif dans plus de 130 pays, Marsh est le principal courtier en assurances et conseiller en gestion des risques sur le plan mondial et fait partie de Marsh McLennan (NYSE : MMC).

Vous trouverez de plus amples informations, sous www.kessler.ch, www.marsh.com et www.mmc.com.

KESSLER & CO SA

Forchstrasse 95
Case Postale
CH-8032 Zurich
T +41 44 387 87 11
www.kessler.ch