

## L'insolvabilité de l'assureur primaire : les obligations de l'assureur de responsabilité excédentaire

Rémi Moreau

Volume 58, numéro 4, 1991

DOSSIER RESPONSABILITÉS ET ASSURANCES DE RESPONSABILITÉ

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1104807ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1104807ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (imprimé)

2817-3465 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce document

Moreau, R. (1991). L'insolvabilité de l'assureur primaire : les obligations de l'assureur de responsabilité excédentaire. *Assurances*, 58(4), 547-558.  
<https://doi.org/10.7202/1104807ar>

Résumé de l'article

The number of insurer insolvencies has grown significantly in the United States during the past ten years. In Canada, this phenomenon is less drastic but is still questionable. This article will address the problem of umbrella "drop down" or excess liability coverage when the primary liable insurer becomes insolvent. The author examines how the courts have dealt with the issue and concludes by the importance of the non ambiguous clause governing that question.

# L'insolvabilité de l'assureur primaire : les obligations de l'assureur de responsabilité excédentaire<sup>1</sup>

par

Rémi Moreau

*The number of insurer insolvencies has grown significantly in the United States during the past ten years. In Canada, this phenomenon is less drastic but is still questionable. This article will address the problem of umbrella "drop down" or excess liability coverage when the primary liable insurer becomes insolvent. The author examines how the courts have dealt with the issue and concludes by the importance of the non ambiguous clause governing that question.*

547



## Introduction

Quelles sont les obligations légales ou contractuelles d'un assureur excédentaire face à un éventuel sinistre payable par un assureur primaire, advenant la faillite ou l'insolvabilité de ce dernier? L'assureur excédentaire est-il tenu d'assumer les obligations contractuelles dont l'assureur primaire était tenu vis-à-vis l'assuré? Ces questions peuvent se poser dans diverses situations, en assurance de responsabilité.

Nous examinerons, dans un premier temps, certaines règles générales concernant la possibilité offerte aux assureurs excédentaires de se substituer aux tranches inférieures (ou polices primaires), en passant en revue la jurisprudence américaine. Celle-ci peut certes être utile, même en droit québécois, vu que les contrats d'assurance responsabilité en usage chez nous sont d'inspiration nord-américaine. Dans un deuxième temps, nous passerons de la théorie à la pratique à partir de certains exemples. Enfin, dans un

---

<sup>1</sup>Extrait d'un texte retenu par le jury du concours Vacances - Rédaction 1990, de l'Association des courtiers d'assurances de la province de Québec.

---

troisième temps, nous ne manquerons pas de commenter un cas récent de jurisprudence québécoise en la matière : l'affaire *Tamper Corporation*.

### Règles générales

548

Un nombre important d'assureurs américains ont été mis en liquidation, depuis les cinq dernières années. Ce phénomène peut être attribué à de multiples causes, notamment la nature même du système judiciaire américain où les procès par juré sont des tribunes privilégiées à l'élargissement du concept de la faute et à l'établissement d'un quantum excessivement élevé, ce qui n'est pas sans infléchir les opérations de l'assureur de la responsabilité civile. Ces cas d'insolvabilité chez les assureurs ont pu produire une certaine confusion en matière d'assurance responsabilité primaire et excédentaire, et la question suivante s'est rapidement posée : quelle est l'obligation de l'assureur en excédent de sinistre au plan de la substitution des assureurs primaires, lorsque ces derniers sont incapables d'indemniser leurs assurés parce qu'ils sont insolubles ou mis en faillite?

Les marchés américains et canadiens d'assurance de responsabilité sont souvent appelés à intervenir à certains niveaux seulement, par tranche de risques, de sorte que les rapports entre les assureurs de différentes tranches sont parfois complexes et ne s'expliquent que par les clauses d'assurance formulées dans les polices.

On retrouve trois types d'assurance responsabilité civile : l'assurance responsabilité primaire, souscrite par l'assureur qui assume le montant d'assurance initial; l'assurance responsabilité en excédent de sinistre, souscrite par un ou plusieurs assureurs, qui acceptent de compléter, par tranche, le montant initial, jusqu'à concurrence du montant d'assurance requis par l'assuré, cette assurance étant assujettie aux mêmes termes et conditions que l'assurance primaire; enfin, l'assurance responsabilité civile complémentaire, mieux connue sous l'appellation *Umbrella*.

L'assurance responsabilité civile complémentaire permet non seulement à l'assuré d'obtenir une protection strictement excédentaire, mais elle peut également remplacer la garantie primaire dans certains cas d'inapplication de l'assurance primaire, et dans un

tel cas, une rétention s'applique. Cette possibilité découle du fait que l'assurance responsabilité complémentaire est souscrite au moyen d'un formulaire autonome et indépendant, et généralement plus large que le formulaire primaire. Il n'est pas rare toutefois de lire des polices de cette nature qui enlèvent, par avenant, tout élargissement de garantie : elles sont connues sous l'appellation «formulation continue».

Examinons le cas où l'assurance *Umbrella* remplace la garantie primaire, lorsque la limite primaire a été réduite ou épuisée. Cette opération prend le nom de substitution (*drop down*). En d'autres termes, lorsqu'une garantie primaire existe, mais dont la limite annuelle est réduite ou épuisée en raison du paiement d'un sinistre, la substitution s'opère, en vertu des dispositions retrouvées à cet égard dans la police *Umbrella*.

Par ailleurs, contrairement à l'assurance précédente, l'assurance responsabilité civile «excédentaire» ne joue usuellement qu'un rôle d'excédent :

*"A true excess insurance policy should never drop down to cover an exhausted primary policy, since an excess policy is designated to provide protection above a specified level of primary limits or stated amount of self-insured retention."*<sup>2</sup>

Cependant, si l'assurance responsabilité dite «en excédent de sinistre» accorde généralement la même protection (*straight excess*) que l'assurance primaire, rien n'empêcherait l'assureur au risque de restreindre la portée de l'assurance responsabilité d'excédent qu'il a souscrite ou, à l'inverse, de l'élargir, soit en vertu d'un formulaire autonome, soit par avenant.

Force est de constater, à la lumière de ce qui précède, que l'examen des dispositions des polices elles-mêmes, cas par cas, est de première nécessité.

Bien que les assureurs de responsabilité dite complémentaire ou excédentaire aient pu se défendre énergiquement devant les tribunaux, en niant avoir voulu garantir les obligations des assureurs primaires en cas de faillite ou de liquidation, les annales judiciaires

---

<sup>2</sup>*The Risk Report*, a publication of the International Risk Management Institute Inc., Vol. X, No. 11, July 1988.

mentionnent plusieurs jugements dans lesquels la règle de l'interprétation en faveur de l'assuré a pu jouer favorablement, notamment lorsque la formulation de la clause de substitution recelait quelque ambiguïté.

550 Qu'on prenne pour exemple la compagnie d'assurance Ambassador, déclarée insolvable en 1984. L'assuré, ne bénéficiant en conséquence d'aucune protection primaire, tenta de lui substituer sa protection excédentaire. L'assureur d'excédent refusa d'intervenir en faisant valoir que la garantie souscrite ne couvrait qu'en excédent de risque et non en premier risque. Un tribunal du New Jersey trancha en faveur de l'assuré, en se basant sur l'ambiguïté de la clause dite «substitution» : cette clause, en effet, stipulait explicitement que l'assurance s'appliquait en excédent de sinistres indemnisables par tout assureur de tranche inférieure. Cet assureur fut pris au piège uniquement à cause de l'ambiguïté de la formulation. Il fut facile de démontrer que le sinistre en litige était bel et bien «indemnisable» par l'assureur primaire, n'eut été son insolvabilité.

À l'inverse, certaines clauses de substitution ont connu un meilleur sort auprès des tribunaux, notamment lorsque la disposition stipule clairement que la garantie ne joue que dans les cas où la limite primaire est diminuée en raison d'un sinistre payé.

Il en résulte trois situations qui, selon nous, pourraient s'articuler ainsi :

- L'assuré aurait un droit de recours lorsque l'assurance responsabilité complémentaire *Umbrella* comporte une clause de substitution ambiguë;
- L'assuré n'aurait aucun droit de recours lorsque l'assurance dite excédentaire ou *straight excess* ne contient aucune clause de substitution;
- À fortiori, le droit de recours serait explicitement nié en présence d'une exclusion précise ayant trait à l'insolvabilité de l'assureur primaire.

Il nous a paru opportun de faire ici le décompte — non exhaustif — des jugements américains sur la question. La liste qui suit n'est pas limitative, et les plus récentes décisions, notamment en 1989 et en 1990, ne nous sont pas connues.

- **Sept jugements américains (dont quatre avec dissidence) ont trouvé la clause de substitution ambiguë, forçant l'assureur de tranche supérieure à intervenir au niveau primaire (*The Risk Report*, a publication of the International Risk Management Institute, Vol. X, No. 11, 1988) :**

1. *McConnel v. Underwriters*, 11 octobre 1961, Supreme Court of California.
2. *Reserve Insurance Co. v. Pisciotta*, 18 février 1982, Supreme Court of California, avec dissidence.
3. *MacNeil Inc. v. Interstate Fire and Casualty Co.*, 10 avril 1985, Illinois Appellate Court.
4. *Poirrer v. Cajun Insulation Inc.*, 22 décembre 1986, Court of Appeal of Louisiana, avec dissidence.
5. *Massachusetts Insurers Insolvency Fund v. Continental Casualty Co.*, 13 avril 1987, Massachusetts Supreme Judicial Court, avec dissidence.
6. *Gulezian v. Lincoln Insurance Co.*, 13 avril 1987, Massachusetts Supreme Judicial Court, avec dissidence.
7. *Werner Industries Inc. v. First State Ins. Co.*, 6 mai 1987, New Jersey Superior Court, Appellate Division.

- **Quinze jugements américains statuant que l'assureur d'excédent ne doit intervenir que dans les cas où l'assurance primaire est épuisée ou réduite en raison uniquement d'un sinistre garanti (*The Risk Report*, a publication of the International Risk Management Institute, Vol. X, No. 11, 1988) :**

1. *Golden Isles Hospital Inc. v. Continental Casualty Co.*, 27 janvier 1976, District Court of Appeal of Florida.
2. *Molina v. U.S. Fire Inc.*, 1<sup>er</sup> mai 1978, U.S. Court of Appeals, Fourth Circuit.
3. *St. Vincent's Hospital & Medical Center v. Insurance Co. of North America*, 13 septembre 1982, Supreme Court, New York County.

552

4. *Prince Carpentry Inc. v. Cosmopolitan Mutual Insurance Co.*, 23 janvier 1984, Supreme Court, Special Term, New York County.
5. *Continental Marble & Granite v. Canal Ins. Co.*, 28 mars 1986, U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit.
6. *Guaranty National Ins. Co. v. Bayside Resort Inc.*, 13 juin 1986, District Court, Virgin Islands.
7. *Mission National Ins. Co. v. Duke Transportation Co.*, 25 juin 1986, U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit.
8. *Value City Inc. v. Integrity Ins. Co.*, 11 décembre 1986, Court of Appeal of Ohio.
9. *Radiator Specialty Co. v. First State Ins. Co.*, 16 janvier 1987, U.S. District Court, W.D. North Carolina.
10. *Pergament Distributors, Inc. v. Old Republic Insurance Co.*, 23 mars 1987, New York Supreme Court, Appellate Division.
11. *Pergament Distributors, Inc. v. Twin City Fire Ins.*, 23 mars 1987, New York Supreme Court, Appellate Division.
12. *Zurich Ins. Co. v. The Heil Co.*, 6 avril 1987, U.S. Court of Appeals, Seventh Circuit.
13. *Wurth v. Ideal Mutual Ins. Co.*, 27 avril 1987, Ohio Court of Appeals.
14. *U.S. Fire Ins. Co. v. Capital Ford Truck Sales Inc.*, 6 mai 1987, Supreme Court of Georgia.
15. *Steve D. Thompson Trucking Inc. v. Twin City Fire Insurance Co.*, 27 octobre 1987, U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit.

Il ressort de cette jurisprudence<sup>3</sup> deux groupes d'intérêt divergents :

- Un groupe recherche la responsabilité de l'assureur complémentaire ou excédentaire en cas de défaillance de l'assureur primaire, en raison de son insolvabilité : pour ce faire, ce groupe recherche l'ambiguïté de la disposition;

---

<sup>3</sup>*The Risk Report*, a publication of the International Risk Management Institute, Vol. X, No. 11, July 1988.

- L'autre groupe, à l'opposé, peut argumenter avec succès que la disposition n'est pas ambiguë, que l'intention de l'assureur est connue et que le but de sa protection n'est pas de cautionner la faillite de l'assureur primaire.

La question suivante se pose à juste titre : comment définir ou interpréter l'ambiguïté, si favorable au premier groupe? Nous croyons que celle-ci est constatée par le tribunal, lorsque les termes de la clause d'assurance litigieuse sont sujets à plus d'une interprétation. Voyons deux exemples :

- a. Lorsque le formulaire d'excédent stipule deux idées distinctes :

553

- *Première idée :*

*"The insurer will indemnify the insured for loss in excess of the total applicable limits of liability of underlying insurance..."*

- *Seconde idée :*

*"... provided that if the underlying limits of liability are reduced, the policy is excess of that reduced limit."*

- b. Lorsque l'assureur d'excédent utilise une formulation large en apparence :

*"The insurer will be liable only for the loss in the excess of the limits of the underlying insurance plus the applicable limits of any other underlying insurance collectible by the insured."*

Dans un tel cas, même si l'assureur d'excédent tente d'argumenter que le mot "*collectible*" se réfère à une couverture autre qu'une assurance primaire, le tribunal pourrait lui donner tort parce que l'expression "*any other*", juxtaposée aux mots "*underlying insurance collectible*", peut vouloir signifier que l'assurance primaire doit être recouvrable "*collectible*". En d'autres termes, en cas de déconfiture de l'assurance primaire, ledit «montant recouvrable» de toute assurance primaire est le montant apparaissant dans telle assurance primaire "*face value of the primary policy*".

### Application pratique

Suivant ces principes généraux, nous pouvons tenter d'illustrer plus concrètement le mécanisme de substitution à partir des éléments hypothétiques ainsi formulés :



- *Limites primaires* : jusqu'à concurrence de 1 million \$ par sinistre et de 5 millions \$ par période annuelle;
- *Limites d'excédent* : en excédent de 1 million \$, jusqu'à concurrence de 2 millions \$ par sinistre;  
en excédent de 5 millions \$, jusqu'à concurrence de 5 millions \$ par période annuelle.

554

Formulons les deux hypothèses suivantes.

### Première hypothèse

La police est conçue distinctement sous forme «manuscrit». Le contrat stipule que l'assureur d'excédent intervient en sus d'une somme fixe, stipulée dans l'assurance primaire, c'est-à-dire : en excédent de 1 million \$ par sinistre ou de 5 millions \$ par année. Nous supposons qu'il n'existe aucune clause de substitution (*drop down*) dans cette police et qu'une condition de la police précise clairement la limite de responsabilité de l'assureur primaire.

Le sort de l'assureur primaire, qui s'était engagé jusqu'à concurrence de 1 million ou de 5 millions \$, semble donc réglé, sans ambiguïté. L'assureur d'excédent, quant à lui, n'intervient strictement qu'en sus de telles limites, et ce, à la hauteur maximum de 2 millions ou de 5 millions \$. Il nous apparaît, vu l'absence de la clause de substitution, que l'engagement de l'assureur d'excédent est à ce point large qu'il englobe toutes les circonstances selon lesquelles l'assuré ne peut être indemnisé, même la faillite de l'assureur primaire.

### Deuxième hypothèse

La police d'excédent contient, cette fois, une clause ainsi formulée :

«L'assureur ne sera responsable que de la *perte nette finale* excédant :

- a) la limite de garantie...
- b) le montant retenu par l'assuré...»

Vu la condition suivante de la clause de substitution : «L'assureur d'excédent ne saurait intervenir au niveau primaire qu'en cas de réduction ou d'épuisement de la limite d'ensemble de responsabilité couverte par toute assurance primaire en raison d'un sinistre payé par celle-ci», cette formulation semble fermer définitivement la porte à toute possibilité de faire intervenir l'assureur d'excédent au niveau primaire, en cas de faillite de l'assureur primaire.

Toutefois, il demeure encore une ambiguïté dans l'expression «perte nette finale». Si l'on examine le libellé de cette expression dans la police, on peut lire :

«PERTE NETTE FINALE

«L'assureur ne sera pas responsable des montants de la condamnation et des frais lorsqu'ils sont couverts par les polices d'assurance primaire.»

Or, la définition de cette expression a donné une victoire judiciaire à un assuré dans la cause *Gulezian v. Lincoln Insurance Co.* [1987] 399, Mass. 606, 506 NE2d 123. Dans cette affaire, la police définissait ainsi l'expression «perte nette finale» :

*"The total of the applicable limits of liability of the underlying insurance as stated in the schedule of underlying insurance and the applicable limits of any other underlying insurance collectible by the insured."*

Le tribunal a jugé une ambiguïté dans les mots "*any other underlying insurance collectible*" et ordonna à l'assureur d'excédent d'intervenir au niveau primaire, suite à l'insolvabilité de l'assureur primaire, et ce, même en présence d'une clause de substitution clairement articulée.

Ces exemples illustrent à souhait l'importance d'une rédaction limpide et cohérente.

### Jurisprudence au Québec

L'affaire *Tamper Corporation c. Kansa General Insurance Co.*<sup>4</sup> constituerait une première dans la jurisprudence québécoise en

---

<sup>4</sup>[1990] R.J.Q., 1090 à 1101. Jugement porté en appel.

---

regard des obligations d'un assureur excédentaire, en cas de faillite ou d'insolvabilité d'un assureur primaire.

Dans cette affaire, la Cour supérieure devait statuer sur deux réclamations.

556 Quant à la première réclamation, le tribunal a conclu que l'assureur d'excédent se devait de payer toute réclamation supérieure au montant primaire de 1 million \$, et ce, jusqu'à concurrence d'un montant de 1 million \$. Vu la réclamation supérieure à 2 millions \$, et parce que l'assureur primaire avait effectivement payé le montant primaire de 1 million \$ équivalent à ses obligations contractuelles, il a semblé logique au tribunal d'ordonner à l'assureur d'excédent de payer la somme complémentaire.

C'est au niveau de la seconde réclamation que l'intérêt de cette affaire est manifeste. Le tribunal estima que l'assureur d'excédent n'était pas tenu, dans les circonstances, de se substituer à l'assureur primaire, lequel avait fait défaut de respecter ses obligations jusqu'à concurrence de 1 million \$, à cause de son insolvabilité.

Deux motifs ont été servis par la Cour :

- Après avoir examiné une clause de concordance<sup>5</sup> dite *liberalization clause*, alléguée par la demanderesse, elle conclut que le but d'une telle clause ne permettait pas d'aider à la solution du présent litige;
- Elle conclut que l'assurance d'excédent ne pouvait devenir une assurance primaire, à moins qu'elle ne le stipule clairement. Tel n'était pas le cas. La Cour nota que des clauses précises permettaient la mise en jeu de l'assurance excédentaire uniquement en cas de réduction ou d'épuisement de la garantie primaire à cause d'indemnités payées à la suite d'un sinistre, mais non pas pour d'autres motifs, tel la faillite ou l'insolvabilité de l'assureur primaire.

Ce jugement semble bien fondé au plan contractuel et il suit, en cela, le raisonnement majoritaire des décisions américaines relatives à des cas similaires. Nous attendons avec intérêt l'opinion de la Cour d'appel dans cette affaire.

---

<sup>5</sup>Engagement de l'assureur d'excédent suivant lequel la portée et l'étendue de sa police seront au moins équivalentes aux protections de l'assurance primaire.

## Conclusion

Nous observons, à la lumière de la jurisprudence, que le rôle de substitution de l'assureur d'excédent n'est pas absolu et qu'il doit être démontré, cas par cas, à la lecture de chaque contrat d'assurance d'excédent. Dans plusieurs cas jugés ambigus, les tribunaux n'ont pas hésité à faire assumer les obligations de l'assureur primaire failli ou insolvable par l'assureur d'excédent.

La leçon que les assureurs d'excédent peuvent retirer de ce problème est la suivante : les tribunaux ne peuvent pas trancher systématiquement en faveur de la non-substitution de l'assureur d'excédent, en cas de faillite de l'assureur primaire, si la police est ambiguë. Il nous semble que la seule volonté de l'assureur d'excédent de ne pas intervenir au niveau primaire dans ce genre de situation ne suffit pas. Il est préférable de retrouver dans le contrat d'excédent une disposition explicite, qui pourrait être articulée ainsi :

557

### **Faillite ou insolvabilité de l'assureur primaire**

Advenant la faillite ou l'insolvabilité de l'assureur primaire, la garantie d'excédent accordée par le présent contrat n'a pas pour but de remplacer celle accordée par l'assureur primaire. La garantie d'excédent s'applique uniquement dans les circonstances où une assurance primaire est valide et recouvrable, sauf dans le cas d'un sinistre couvert ayant réduit ou épuisé les limites primaires consenties, tel que formulé au présent contrat.

L'acceptation par les assurés d'une condition contractuelle non contraire aux dispositions impératives de la loi ne peut se faire sciemment qu'à partir d'une clause claire et précise.

L'image de l'assurance passe par la clarté et la transparence ainsi que la bonne compréhension de l'entente qu'en a l'assuré.

---

Le problème de l'insolvabilité de l'assureur primaire relève non de l'assurance mais des mesures adoptées par l'Inspecteur général des institutions financières. Une réglementation adaptée à cet égard relève des deux paliers gouvernementaux fédéral et provincial : à cet égard, les mesures actuelles sont sans cesse réévaluées. Il importe également de souligner l'importance des fonds d'indemnisation instaurés depuis quelques années en assurance de dommages et en assurance de personnes, sous l'égide de l'industrie. Enfin, le rôle du courtier, au stade initial du placement, doit être empreint de vigilance.

558

Il n'est pas moins essentiel que les relations entre l'assureur primaire et l'assureur d'excédent soient exprimées concrètement et bien comprises par l'assuré.