

INTERNATIONAL

Les programmes internationaux d'assurance à l'épreuve du non-admis

La mise en place d'un programme international d'assurance doit avoir comme préalable pour l'assureur de vérifier sa capacité juridique à souscrire dans un Etat où il n'est pas agréé. A défaut, l'ensemble des intervenants à la police s'exposent à de lourdes sanctions juridiques, fiscales et même pénales.



**VLADIMIR ROSTAN
D'ANCEZUNE**
Avocat

Le tissu industriel de la première moitié du XX^e siècle était marqué par une localisation forte. La seconde moitié du XX^e siècle allait profondément modifier la répartition géographique des activités économiques. S'adaptant à la réalité économique de leurs clients, les assureurs à dimension internationale ont dû proposer des couvertures en adéquation avec le tissu d'activité de leurs assurés. Alors que les centres de production et de création étaient situés dans les mêmes zones géographiques, si ce n'est dans le même Etat, ceux-ci se sont progressivement éloignés des centres de décision pour s'installer dans des Etats à fiscalité et régimes sociaux moins contraignants. Par ailleurs, les entreprises nationales conquérant des marchés dans d'autres Etats, les centres de production ont été rapprochés des réseaux de distribution. Les assurés se sont donc tournés vers leurs assureurs traditionnels pour l'élaboration de polices uniques couvrant des risques multiples et garantissant ainsi leurs différents établissements locaux.

Dans les années quatre-vingt, la pratique des programmes internationaux d'assurance était balbutiante et marginale. Leur

importance s'est fortement accentuée à partir des années quatre-vingt-dix, pour devenir, à la fin de cette décennie, un secteur important du marché de l'assurance. L'activité des établissements locaux devenant importante, la réponse assurantielle locale ne suffisait plus. Il devenait donc indispensable pour les groupes de dimension internationale d'harmoniser la couverture de leurs différentes filiales. Les assureurs ont ainsi dû accepter de garantir des risques dans des Etats où ils n'étaient pas agréés. Ce faisant, la souscription sur une base non admise devenait effective. Le terme « non-admis » peut surprendre. Il est le résultat d'une traduction littérale du terme anglo-saxon *non admitted*. Est qualifié d'assureur non admis ou d'assureur souscrivant sur une base non admise, l'assureur qui n'est pas directement agréé par l'autorité de tutelle de l'Etat où il couvre un risque. Le terme de non-admis laisserait penser que la pratique en résultant ne serait pas légalement admise. La position adoptée par les législations des différents Etats commande une solution plus nuancée. Le terme « non-admis » recouvre des situations fort différentes, et ce notamment pour les sociétés d'assurance européennes (1) depuis l'entrée en vigueur des III^e Directives assurances de 1992, en assurance vie (2) et en assurance non-vie (3), et l'instauration effective du marché intérieur de l'assurance au sein de

l'Espace économique européen (EEE). En effet, une société d'assurance européenne se trouve potentiellement dans deux hypothèses de souscription.

La première hypothèse est celle où l'entreprise d'assurance est agréée par un Etat membre de l'Espace économique européen, et sur une portion de son territoire soumis à l'application des directives en assurances. Cette précision finale est en effet importante car, par exemple, les assureurs agréés dans les îles anglo-normandes ne sont pas considérés comme des assureurs européens au sens des directives assurances, ces territoires de la Couronne britannique étant exclus du champ d'application spatiale des directives. Une entreprise d'assurance y sera agréée par la *H. M. Guernsey financial services commission* et non par la *H. M. financial and services administration*. Pour une entreprise agréée dans un Etat membre de l'EEE, la base de souscription d'un risque au sein de cet espace est la libre prestation de services (LPS) ; elle sera non admise pour les risques situés dans un Etat non membre de l'EEE et où l'assureur ne serait pas agréé.

La seconde hypothèse est celle où l'entreprise d'assurance est agréée dans un Etat non-membre de l'EEE ou par une autorité d'une portion d'un territoire d'un tel Etat exclu du champ d'application des directives (4). Pour une telle entreprise, la souscription d'un risque

dans l'EEE se fera nécessairement sur une base non admise, et pour les autres Etats, sauf agrément local, la souscription s'effectuera sur les mêmes bases. Dans la plupart des cas, les autorités locales de contrôle du marché de l'assurance posent un certain nombre de conditions et de restrictions à la souscription sur une telle base.

Il conviendra donc dans un premier temps d'examiner leur nécessaire soumission aux droits locaux avant de délimiter le champ de la notion de programme international d'assurance.

Le nécessaire respect du droit local

Le respect du droit local met en relief la difficulté de souscrire sur une base non admise et la nécessaire appréciation de la police au regard du droit local.

■ Capacité pour souscrire et régime du non-admis

Même si le programme d'assurance est international, il n'en reste pas moins un programme d'assurance. Intervenant sur un territoire soumis à des règles régissant l'assurance, l'assureur est tout naturellement tenu d'y respecter le droit local des assurances. La loi régissant la police d'assurance peut certes, suivant les cas, ne pas être la loi locale ; en revanche, les lois relatives à la capacité de souscription de la compagnie d'assurance ne tombent pas dans la sphère des droits dont les parties ont la libre disposition. Il convient par conséquent de vérifier de façon systématique si localement la souscription sur une base non admise est autorisée.

Si certains Etats ont adopté des solutions très tranchées, soit en interdisant formellement de telles bases de souscription soit en les autorisant, d'autres,

en revanche, ont une attitude plus réservée. Au nombre des premiers, ceux interdisant la souscription sur une base non admise, on peut citer l'Argentine (5), le Brésil, la Chine et la France (6) où se mêlent, au titre de sanction, peines d'amende et peines d'emprisonnement. Ainsi, l'Argentine sanctionne la souscription sur une base non admise d'une peine d'amende allant jusqu'à vingt-cinq fois le montant de la prime. Au nombre des rares Etats qui autorisent la souscription sur une base non admise, on peut citer le Canada (7), Hong Kong et la Lettonie.

Au nombre des seconds, ceux ayant une attitude plus réservée, il faut distinguer trois catégories d'Etats allant de l'interdiction quasi générale à l'autorisation sous conditions. Généralement, les assurances couvrant les risques marine-aviation-transports touchant au commerce international peuvent être souscrites sur une base non admise. Toutefois, cette exception à l'interdiction de principe d'une telle base de souscription ne se retrouve pas dans l'ensemble des législations locales. Une étude au cas par cas s'impose.

Outre une étude pays par pays, il est possible de déterminer également de grandes aires juridiques. C'est ainsi que peuvent être isolés les Etats de droit musulman, les Etats soumis au code Cima (Conférence interafricaine des marchés d'assurances) (8) et les Etats soumis à un régime communiste.

Les Etats de droit musulman ont une tradition juridique hostile à l'assurance. En effet, l'assurance étant destinée à garantir les conséquences d'un événement aléatoire dommageable, le droit musulman y voit une assurance contre la volonté de Dieu (lire aussi p. 44 l'article de J.-P. Daniel sur l'assurance islamique).

La terminologie anglo-saxonne de *acts of God* pour envisager la notion des catastrophes naturelles permet d'ailleurs de mieux comprendre la difficulté. Dans la conception islamique, l'événement est vu comme la conséquence de la « main de Dieu ». La volonté divine ne pouvant être contestée, s'assurer contre celle-ci revient à s'y opposer. Il s'agit là de l'application du *qaza'* et du *qadar*, principes coraniques suivant lesquels tout ce qui se produit est le fruit de la volonté divine.

Si s'assurer est interdit en droit musulman, celui-ci réserve en revanche une solution favorable pour « l'assurance » sous la forme de mutuelle. En effet, dans cette perspective, le droit musulman y voit une entraide entre individus et non une opposition frontale à la volonté divine. C'est ainsi qu'est né le *ta'awun* ou « aide mutuelle ». Bien que contraire au *qaza'*, cette aide mutuelle trouve sa source dans un *hadith* prônant un rôle actif du fidèle pour réduire les risques encourus.

Le terme même d'assurance reste tabou dans la terminologie islamique. C'est ainsi qu'est né « l'arrangement pour l'aide mutuelle », fondement du *takaful*, forme d'assurance conforme à l'Islam. Il faut cependant nuancer cette interdiction de principe de l'assurance. Même le royaume d'Arabie Saoudite a ouvert son marché à l'assurance. Lors du terrible tremblement de terre en Iran à Bam, face à la mort des parents de milliers d'enfants, l'Etat iranien a souscrit pour ces derniers des assurances vie afin de les aider jusqu'à leur majorité. Le recours à l'assurance peut étonner au regard du droit musulman pour lequel la volonté divine est souveraine. Le recours à l'assurance vie est d'autant plus surprenant, la vie appartenant à Dieu. Pourtant, il convient de constater l'ouverture au monde de l'assurance des Etats de droit musulman.

L'espace soumis au code Cima regroupe un ensemble de quatorze Etats d'Afrique comprenant notamment le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun et la Côte-d'Ivoire. Le code Cima a pour objectif d'harmoniser les législations et réglementations locales, de coordonner l'exercice du contrôle des entreprises d'assurances et de coordonner la formation

A retenir

- La souscription d'un programme international d'assurance conduit nécessairement à confronter celui-ci aux différents droits locaux concernés.
- Si certains Etats accueillent favorablement la souscription d'un risque sur leur territoire par un assureur non agréé localement, d'autres, en revanche, ont une attitude beaucoup plus réservée si ce n'est hostile.
- Le marché de l'assurance n'est pas un marché ouvert. Il est bien au contraire soumis à un corps de règles contraignant et formaliste où la question de la capacité juridique y est centrale et trouve une expression originale dans l'agrément administratif préalable.

→ des cadres africains d'assurances.

Cet espace géographique est un formidable exemple de système juridique intégré, disposant d'un code de référence unique en droit des assurances. Il est en cela bien plus avancé que le droit européen des assurances. Au sein de cet espace, aux termes du livre III du code Cima, ne peuvent garantir de risques que les entreprises localement agréées. L'assurance sur une base non admise y est donc interdite.

Les Etats relevant d'un régime communiste sont également hostiles à la souscription de risques sur une base non admise sur leur territoire. L'étatisation de l'activité économique réserve le secteur de l'assurance et bien souvent celui de la réassurance au marché local pour autant qu'il ait les capacités de souscription suffisantes.

■ Une police appréciée selon le droit local

En droit français des assurances, aux termes de l'article L. 310-2 alinéa 2 du code, les polices souscrites sur une base non admise sont nulles. Cette nullité n'est cependant pas opposable à l'assuré, au souscripteur et au bénéficiaire en cas de bonne foi. Toutefois, dans le cadre d'un programme international d'assurance, la bonne foi du souscripteur et dans certains cas de l'assuré sera des plus contestables. Aux termes de l'article L. 310-10 du code des assurances, l'interdiction de souscrire auprès d'un assureur non admis est expresse. Le fait pour un souscripteur de souscrire auprès d'un assureur non établi localement du fait de l'interdiction de l'article L. 310-10 rendrait l'exception de bonne foi bien fragile. L'article L. 310-27 du code des assurances sanctionne de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 75 000 € le fait de pratiquer une assurance sur une base non admise.

Outre l'exception de bonne foi quant à la souscription, si la nullité du contrat d'assurance est prononcée, les risques pour l'assuré et/ou le souscripteur sont importants. En effet, si la police couvrirait un risque dont la couverture était obligatoire, alors l'assuré ne satisferait plus à l'obligation d'assurance qui lui est faite. Ainsi, il s'exposerait à des sanc-

tions tant civiles que pénales ainsi que l'a rappelé en France la Cour de cassation dans un arrêt de sa Chambre criminelle du 15 janvier 1991 (9). Les juges n'hésitent pas à prononcer des peines d'emprisonnement lorsque celles-ci sont prévues.

Par ailleurs, le risque pour l'assuré peut être d'ordre fiscal. En effet, la police souscrite sur une base non admise dans un Etat qui interdit une telle base de souscription n'aura pas localement la qualification de contrat d'assurance. Aussi, les indemnités versées au titre du contrat n'auront pas la qualification d'indemnité d'assurance. Fiscalement, elles seront traitées comme une recette et seront à ce titre taxées.

En outre, la responsabilité de l'assureur et/ou du courtier pourrait être engagée par l'assuré en cas de manquement à son obligation de conseil quant aux conséquences pour ce dernier de la souscription d'une assurance avec un assureur non agréé localement.

Les contrats d'assurances sont soumis à différentes taxations. La souscription d'une police par le biais d'un programme international d'assurance ne dispense pas l'assuré ou l'assureur payant pour compte de payer localement les taxes fiscales et parafiscales afférentes. En effet, dans l'hypothèse où l'assureur est localement admis à couvrir des risques, il lui appartient de reverser aux fiscaux locaux les taxes fiscales et parafiscales grevant le contrat d'assurance. La police, bien qu'unique, est regardée fiscalement comme constituant autant de sous-contracts qu'il y a d'Etats concernés par celle-ci. Ce dépeçage de la police conduit à apprécier fiscalement le contrat au niveau du risque. La difficulté fut soumise à la cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) dans le célèbre arrêt *Kvaerner* (10). La cour rappelle aux termes de cet arrêt rendu sur une question préjudicielle que la police s'apprécie fiscalement au niveau du risque et qu'il convient en conséquence de payer les taxes fiscales et parafiscales dans chaque Etat où un risque est garanti.

Cette appréciation fiscale au niveau du risque doit d'ailleurs conduire à s'interroger sur l'obligation de désigner localement un représentant fiscal. En effet,

bon nombre des Etats de l'EEE impose une telle obligation. C'est par exemple le cas de la France. A garantir un risque sur le territoire d'un Etat où il n'est pas agréé et qui interdit une telle base de souscription, l'assureur s'expose à être considéré comme contrevenant aux règles fondamentales de l'activité d'assurance. En effet, l'agrément administratif est le préalable à toute activité d'assurance. Exercer l'activité d'assurance sans y être autorisé localement revient donc à souscrire sans agrément administratif. L'assureur pourrait s'exposer à des sanctions pouvant aller jusqu'au retrait d'agrément.

Le champ des programmes internationaux d'assurance

Même si la pratique regroupe souvent dans la catégorie des programmes internationaux l'ensemble des polices couvrant des risques situés dans différents Etats, mélangeant ainsi les programmes internationaux *stricto sensu* et les polices souscrites en LPS, il convient cependant de les distinguer.

■ Les programmes internationaux *stricto sensu*

Il existe deux grandes familles de programmes internationaux, les polices dites *umbrella* et les polices dites *master*. Si l'objectif de ces deux programmes est identique, à savoir pallier une éventuelle défaillance de l'assureur local ou une insuffisance locale de garantie, les moyens pour y parvenir sont en revanche bien différents.

Les polices *umbrella*

Avec une police *umbrella*, les établissements locaux de la société mère jouissent d'une certaine autonomie pour déterminer localement l'étendue et les conditions de leurs polices. La société mère souscrit dans cette hypothèse, généralement en la forme de coassurance, une police venant compléter et uniformiser au niveau du groupe la couverture. La police *umbrella* viendra ici intervenir soit en différence de conditions, il s'agit alors de la souscription en Dic (*Difference in conditions*), soit en différence de limites, il s'agit alors de la souscription en Dil (*Difference in limits*). La Dic complète les conditions relatives à la garantie lorsque celles-ci ne sont

pas délivrées localement ; la Dil, quant à elle, vient compléter la garantie lorsque les plafonds locaux sont dépassés. La police *umbrella* vient donc garantir des risques qui ne seraient pas couverts localement, souvent faute d'une capacité de souscription suffisante localement. Il existe enfin une dernière catégorie de clause de « différence ». Il s'agit de la Dif, qui organise le rachat des franchises. Cette clause est peu usitée car elle pourrait être de nature à déséquilibrer le programme d'assurance dont l'économie repose également sur la part du risque réassuré.

Les polices *umbrella* et *master* sont soumises aux règles locales de la capacité juridique et des rétrocessions obligatoires.

L'effet parapluie d'une telle police ne modifie pas pour autant la nature juridique de la prestation. Il s'agit effectivement d'une technique assurantielle, soumise à ce titre au droit des assurances de l'Etat où se situe le risque. Par conséquent, il n'est possible de souscrire en Dic, Dil ou Dif que dans les Etats n'interdisant pas la souscription sur une base non admise. Par ailleurs, dans l'hypothèse où la souscription sur une base non admise n'est pas interdite, il conviendra alors de s'assurer de l'existence ou non d'une rétention locale obligatoire en assurance du risque.

Les polices *master*

Avec une police *master*, le procédé est tout autre. Dans cette hypothèse, la société mère souscrit une police pour le groupe et arrête les garanties applicables à l'ensemble des risques auxquels sont exposées les différentes entités du groupe. C'est dans l'hypothèse d'une telle police que se rencontre le *fronting*. La gestion locale du risque et le nécessaire respect du droit local conduisent généralement les assureurs de la police *master* à se faire « fronter » localement. Dans ce cas, la police sera souscrite localement par un assureur du marché local

et réassurée à 100 % par l'assureur de la police *master*. Ici, la question de la souscription sur une base non admise ne se pose pas. En effet, il ne s'agit pas d'une technique d'assurance, mais de réassurance. Il conviendra dès lors de s'assurer de l'existence ou non d'une rétention locale obligatoire en réassurance.

Le droit de rétention locale

Tant pour les polices *umbrella* que pour les polices *master* se pose la question du droit de rétention local. Lorsque la police intervient selon une technique d'assurance, assurance en plein ou Dic, Dil ou Dif, outre les règles de capacité de l'assurance non admise, il convient alors de vérifier quelle part du risque est obligatoirement cédée au marché de l'assurance locale.

En effet, il n'est pas rare que le droit local réserve à son marché national une quote-part du risque assuré. Il en est de même lorsque la police vient en réassurance de police locale frontée. Il existe en effet, parfois, un droit de rétention local en réassurance pouvant aller jusqu'à 100 %. Ainsi, l'*Instituto de Resseguros do Brazil* réassurait à 100 %, sauf incapacité de souscription, avant la réforme du 15 janvier 2007 (11). Les Etats membres de la zone du code Cima organisent également une rétrocession à la Cica Ré, à laquelle s'ajoute souvent un pourcentage de rétrocession à l'Africa Ré.

Le cas des polices LPS

Stricto sensu, les polices souscrites en libre prestation de services ne sont pas des programmes internationaux. En effet, tant le régime juridique employé que l'espace concerné sont éloignés des programmes internationaux.

D'une part, *ratione personae*, les entreprises d'assurances de l'EEE souscrivant des polices au sein de cet espace sont localement considérées comme des entreprises d'assurance nationales. Outre la procédure de notification préalable précédant la première utilisation du régime de la LPS, rien ne distingue ces sociétés d'assurance d'une entreprise d'assurance localement agréée. D'autre part, *ratione loci*, l'ensemble géographique concerné par l'application des directives assurances est vu comme un marché intégré, que la pratique a

d'ailleurs dénommé marché unique, le terme de marché intérieur de l'assurance étant cependant plus approprié.

Ainsi, tant *ratione loci* que *ratione personae*, il n'y a pas fictivement d'opération d'assurance transfrontalière, mais la pratique d'une souscription de risque dans un même espace au moyen d'un seul agrément administratif.

Toutefois, un programme international peut bien entendu comprendre une part de souscription en libre prestation de services, et une autre part de souscription sur une base non admise. Dans cette hypothèse, la « police libre prestation de services » sera un élément du programme international, soumis à ses règles propres de souscription et de gestion. ■

Vladimir Rostan d'Ancezone
Cabinet d'avocats Moureu associés
Avocat au barreau de Paris
Avocat inscrit au *Colegio de Abogados*
de Buenos-Aires
Chargé d'enseignement à l'université
Panthéon – Assas – Paris II

(1) Il convient de retenir la qualification large d'entreprise d'assurance au sens du droit européen des assurances et non comme se limitant aux seules entreprises régies par le code des assurances.

(2) Directive 92/96/CEE du Conseil, du 10/11/1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE, JO L 360 du 9/12/1992, p. 1-27.

(3) Directive 92/49/CEE du Conseil, du 18/06/1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE, JO L 228 du 11/8/1992, p. 1-23.

(4) Il s'agit notamment des Tom, des îles Féroé, des îles Canaries, de Ceuta et Melilla, de Jersey et Guernesey.

(5) Ley n° 12.988 del 24 de junio 1947.

(6) Code français des assurances : articles L. 310-2, L. 310-10 et L. 321-9, R. 321-10 à R. 321-12 et A. 321-8 à A. 321-9.

(7) A l'exclusion des assurances obligatoires et des risques situés dans le Newfoundland et les Territoires du Nord-Ouest.

(8) Traité instituant une organisation intégrée de l'industrie de l'assurance entre les Etats de la zone CFA signé le 10/07/1992. Entrée en vigueur du code Cima le 15/02/1995.

(9) Cass., crim., 15/01/91, n° 90-81.420.

(10) C.J.C.E., 14 juin 2001, *Kvaerner plc*, aff. C-191/99, Rec.2001, p. I-4447.

(11) « Supplementary Law » du 15 janvier 2007 n° 126/2007.