

PROGRAMMES INTERNATIONAUX

Polices internationales et droit local

Dans le cadre de la conclusion d'un programme international d'assurance, assureur et assuré conviennent de la loi qu'ils entendent retenir comme loi applicable à la police d'assurance. Cependant, cette stipulation spécifique n'est pas exclusive de l'application du droit local à la police. En effet, si la loi applicable à la police d'assurance règle les conflits liés à la formation et à l'extinction des obligations réciproques, le droit local des Etats où le programme international d'assurance intervient trouve à s'appliquer également au contrat d'assurance.



VLADIMIR ROSTAN D'ANCEZUNE

Avocat au barreau de Paris
et au Colegio de Abogados
de la ciudad de Buenos-Aires
Chargé d'enseignement
à l'université Panthéon, Assas,
Paris II - Cabinet HMN & Partners

De façon traditionnelle, en droit international privé, les parties à un contrat ont, dès lors qu'un élément d'extranéité est présent, le libre choix de la loi applicable au contrat en vertu du principe d'autonomie dégagé par la Cour de cassation en 1910⁽¹⁾. Un dogme mis en application en France à partir du XVI^e siècle grâce à Charles du Moulin. Il faut bien entendu que le choix de la loi applicable soit de bonne foi, car à défaut il encourrait la sanction de fraude à la loi et clause élective de loi serait écartée par la juridiction éventuelle saisie.

Schématiquement, les parties à un contrat international sont donc libres de déterminer la loi à laquelle elles entendent soumettre leurs obligations respectives. C'est ainsi que dans le cadre d'un programme international d'assurance, assureur et assuré sont libres d'énoncer une clause élective de loi régissant le contrat d'assurance. Cette stipulation expresse est d'ailleurs vivement conseillée, car elle fixe à l'avance le droit qui permettra d'apprécier la nature et l'étendue des obligations de l'assureur et de l'assuré. En ce sens, elle participe grandement à l'impératif de prévisibilité qui préside dans les contrats d'assurance.

Une approche rapide de la question du droit applicable à la police pourrait amener à considérer que le programme international d'assurance échappe à toute emprise de la loi locale. La règle de conflit de loi en décide tout autrement en affirmant au contraire l'application du droit local dans certaines hypothèses. En effet, dans certains cas, le droit international considère que la situation, quand bien même relèverait de rapports internationaux, ayant un impact localement doit impérativement être soumise aux règles étatiques de l'Etat considéré. Il ne serait en effet pas justifiable qu'un assuré puisse échapper à des prescriptions localement d'ordre public sous le seul prétexte que son contrat d'assurance serait soumis à une autre loi étatique alors que les nationaux de l'Etat d'établissement dudit assuré y sont, eux, impérativement soumis.

C'est ainsi que sont régies par le droit local de l'Etat de la prestation la capacité de l'assureur à souscrire localement un risque, la fiscalité de la police ou encore les rétrocessions obligatoires en assurance et en réassurance. Outre l'application du droit local à ce qui pourrait être conçu comme le cadre extérieur du programme international d'assurance, la loi de l'Etat dans lequel intervient la police s'applique également au cadre intérieur du contrat d'assurance international.

UNE APPLICATION DU DROIT LOCAL AU CADRE EXTÉRIEUR

Quant au cadre extérieur du programme international d'assurance, le droit de l'Etat où celui-ci intervient trouve à s'appliquer dans l'appréciation de la capacité juridique de souscription de l'assureur et dans la fiscalisation du risque garanti.

► Une exigence de capacité appréciée localement

Si la loi régissant la police d'assurance peut certes ne pas être la loi locale, en revanche, les lois relatives à la capacité de souscription de la compagnie d'assurances ne tombent pas dans la sphère des droits dont les parties ont la libre dispo-

sition. Ainsi, la capacité juridique de l'assureur pour intervenir localement relève exclusivement du droit local. Il convient par conséquent de vérifier de façon systématique si, localement, la souscription sur une base non admise est autorisée⁽²⁾. Ainsi, la loi choisie par les parties pour régir le programme international d'assurance est sans influence sur la capacité de l'assureur pour garantir localement un risque. C'est ici la question de la base non admise de souscription de l'assureur.

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⁽³⁾, le Brésil, la Chine et la France⁽⁴⁾ où se mêlent, au titre de sanction, peines d'amende et peines d'emprisonnement. Ainsi, l'Argentine sanctionne-t-elle 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 retrouve le Canada⁽⁵⁾, Hong Kong ou la Lettonie.

De la sorte, l'exigence d'une étude systématique des droits locaux quant aux possibilités de prestation transfrontière apparaît. S'affranchir d'une telle étude exposerait l'assureur au risque de retrait d'agrément pour avoir presté ses services d'assurance alors qu'il n'y dispose pas d'un agrément ou d'une reconnaissance d'agrément. L'assuré risque quant à lui, dans l'hypothèse où il serait garanti par un assureur non autorisé à souscrire localement, de ne pas satisfaire à ses obligations d'assurance localement pour nullité de la police.

► Un éclatement fiscal du programme international

La question de la fiscalisation des programmes internationaux d'assurance apparaît bien souvent comme une boîte de Pandore tant les conséquences financières et de gestion sont grandes en fonction de la réponse apportée. Trois axes de réflexion peuvent être retenus.

Le premier, et de loin le plus simple, aurait été de considérer que la loi fiscale applicable à la police se confondait avec la

loi applicable à la police d'assurance elle-même. C'était ici faire le choix du *tax shopping*. Le deuxième aurait été de retenir comme loi fiscale la loi du lieu de souscription de la police. Ceci reviendrait à ériger la localisation fortuite du souscripteur comme critère subjectif de rattachement fiscal de la police. Enfin, le troisième axe saisirait la localisation du risque comme critère départageant. C'est ici un critère purement

objectif et indépendant de la volonté des parties qui serait retenu.

L'application d'un droit fiscal à une activité donnée est déterminée par son fait générateur. Le principe en droit des assurances est celui de la territorialité fiscale, au sens où tout contrat d'assurance est exclusivement sou-

mis aux impôts indirects et taxes parafiscales grevant les primes d'assurance dans l'Etat où le risque est situé. Ainsi, ce n'est pas le droit fiscal de la loi applicable au contrat d'assurance qui s'applique, mais le droit fiscal de l'Etat dans lequel le programme international d'assurance intervient. Le risque devient ainsi l'élément déterminant la loi fiscale applicable. Cette appréciation faite, outre la détermination du droit fiscal applicable, la localisation du risque permettra de déterminer l'assiette fiscale.

La police d'assurance étant un contrat de prestation de services, elle s'exécute donc au lieu où un événement défini comme un risque est susceptible de se réaliser. Il y a ainsi cohérence spatiale entre le lieu de survenance du risque et l'exécution de la prestation, le versement de l'indemnité d'assurance. L'exécution de la prestation est conditionnée par le versement d'une somme d'argent, le paiement de la prime, qui constitue donc l'assiette des taxes.

Dans le cadre d'un programme international d'assurance, la prime est payée globalement pour la garantie de l'ensemble des établissements assurés au titre de la police. Aussi, si l'assiette s'entend de la prime payée, l'appréciation fiscale devant se faire localement, il est nécessaire d'éclater la prime en autant de « sous-primes » qu'il y a d'établissements situés dans un même Etat.

Afin de morceler la prime en fonction des établissements garantis pour procéder au traitement fiscal, il conviendra alors d'établir un *ratio* en fonction du risque effectivement supporté localement par chaque établissement. Une fois cette segmentation effectuée, la prime afférente subira le traitement fiscal local en fonction de la catégorie fiscale d'assurance retenue localement.

UNE APPLICATION DU DROIT LOCAL AU CADRE INTÉRIEUR

L'application du droit local à un programme international d'assurance se rencontre ici dans le cadre de deux hypothèses principales. Il s'agit des assurances obligatoires et des organismes d'assurance spécifiques. Il faut enfin citer le cas des « originalités locales » qui viennent encore quelque peu agrémenter le paysage des polices d'assurance internationales.

La police d'assurance étant un contrat de prestation de services, elle s'exécute donc au lieu où un événement défini comme un risque est susceptible de se réaliser.

Les droits fiscaux nationaux

Il appartient à l'assureur, payant localement pour le compte de son assuré les taxes afférentes à la police, de se référer aux droits fiscaux nationaux des Etats où le programme international intervient afin de connaître les taux de taxes applicables à chaque opération d'assurance garantie. C'est ainsi que l'assureur devra procéder à un morcellement du contrat d'assurance afin d'appliquer les droits fiscaux des différents Etats où intervient le programme d'assurance.

► La soumission du programme international aux lois locales de police

L'hypothèse la plus importante de l'application du droit local à un programme international d'assurance est celle des assurances et garanties obligatoires. Les assurances obligatoires, qui concernent le plus souvent les risques de responsabilité civile, sont la conséquence d'une politique de défense de l'Etat non seulement des assurés eux-mêmes face à leurs propres carences ou inconscience, mais aussi des intérêts des personnes qui peuvent subir un préjudice du fait d'une activité professionnelle génératrice de risque. C'est ainsi que les assurances obligatoires rentrent dans la catégorie juridique des lois de police. En effet, édictant une assurance comme obligatoire, l'Etat estime que le risque est d'une importance telle qu'il est impératif qu'il soit garanti. L'assurance obligatoire vient ici préserver la cohérence sociale de l'Etat considéré et revêt par conséquent la qualité de loi de police.

Ainsi, préalablement à toute proposition de polices d'assurance couvrant des risques dans plus d'un Etat, l'assureur se doit de lister de façon exhaustive les différentes assurances obligatoires en vigueur dans les Etats où il entend couvrir un risque. En effet, omettre de réaliser une telle étude peut aboutir pour lui à de nombreuses décon-

venues tant l'impact des lois de police est important.

En effet, quand bien même la police stipulerait comme loi applicable au contrat d'assurance la loi d'un autre Etat, si le programme d'assurance venait à s'appliquer localement dans un domaine entrant dans le champ d'application d'une assurance obligatoire alors la loi de l'Etat édictant l'assurance comme obligatoire viendrait à s'appliquer dans le cadre du contrat d'assurance considéré. C'est ainsi que, alors que la prime d'assurance a été établie sans tenir compte de risques localement couverts obligatoirement, l'assureur pourrait être amené à devoir sa garantie sans l'avoir provisionnée. Il y a ici un risque majeur de déséquilibre financier de la mutualisation des risques.

Le champ d'application des assurances obligatoires est particulièrement vaste. Le droit français des assurances ne compte pas moins d'une centaine d'assurances obligatoires et nombre d'Etats ont adopté la même politique extensive d'érection de certaines assurances au rang d'assurance obligatoire. Ces assurances interviennent tant en transport que dans le cadre des relations de travail ou encore dans l'hypothèse d'activités industrielles diverses. Ainsi, la probabilité est donc grande qu'un programme d'assurance international couvrant les activités d'une société mère et de ses filiales entre en collision avec une matière relevant d'une assurance obligatoire dans un Etat où il intervient.

Enfin, outre la détermination de l'ensemble des assurances obligatoires édictées localement, il est impératif de lister les garanties obligatoires. En effet, à côté des assurances à caractère obligatoire, la conclusion d'un contrat facultatif emporte parfois une extension obligatoire de garantie à l'égard

de certains risques. Ainsi, si le programme international d'assurance devait proposer localement une couverture non obligatoire, il convient cependant de s'assurer que la souscription de celle-ci n'impose pas une extension de garantie. L'assureur pourrait ici aussi être amené à devoir garantir un risque qu'il n'avait pas préalablement identifié pour l'établissement de la prime d'assurance.

A défaut de respecter les obligations d'assurance localement édictées, assureur et assuré s'exposent à des sanctions importantes. L'assuré engage sa responsabilité civile et pénale et l'assureur, quant à lui, met en jeu son agrément qui pourrait lui être retiré pour ne pas respecter les obligations pesant sur lui en sa qualité d'assureur.

► La soumission du programme international aux « originalités » locales

A côté des lois de police, la question des spécificités locales revêt une importance qui n'est pas non plus négligeable, loin s'en faut. En effet, la grande majorité des Etats disposent de leurs propres spécificités en la matière. Ce problème est celui des *pools* obligatoires d'assurances.

Les *pools* sont l'une des premières spécificités locales qu'il convient d'évoquer. En effet, par le biais d'un *pool* d'assurance, les Etats cherchent à or-

ganiser l'indemnisation de certains sinistres. C'est le cas du *pool* d'assurance espagnol Consorcio de Compensación de Seguros, société de droit public, créé en 1950 en réaction à la guerre civile espagnole de 1936-1939. Il est destiné à couvrir les risques d'importance exceptionnelle que l'Etat espagnol estime ne pouvoir être assuré par des sociétés de droit privé. Relèvent du Consorcio de Compensación de Seguros les dommages matériels causés à l'occasion ou à la suite de sinistres considérés comme des risques extraordinaires devant être obligatoirement garantis (loi 21 du 19 décembre 1990) dès lors qu'ils sont couverts par une police d'assurance dommages. Les risques naturels regroupent notamment les événements naturels comme les tremblements de terre, raz-de-marée, inondations, éruptions volcaniques, tempêtes cycloniques, chute de

Le droit français des assurances ne compte pas moins d'une centaine d'assurances obligatoires et nombre d'Etats ont adopté la même politique extensive d'érection de certaines assurances au rang d'assurance obligatoire.

Les droits locaux priment

Nonobstant la stipulation expresse d'une loi applicable au programme international d'assurance, celui reste soumis aux différents droits locaux des Etats où il intervient et notamment aux lois de police ou spécificités locales. Ainsi, si la détermination de la loi applicable au programme d'assurance permet de satisfaire à l'exigence de prévisibilité en ouvrant la possibilité d'une appréciation *a priori* des droits et obligations de chacun, elle n'a pas pour effet d'affranchir assureur et assuré des exigences que l'Etat de la prestation considère comme primordiales.

A retenir

1 Si, sauf l'hypothèse de fraude, la naissance et la fin des obligations contractuelles sont régies par la loi applicable à la police telle qu'elle a été expressément déterminée par l'assureur et l'assuré, ou implicitement déduite, il existe une multitude d'hypothèses dans lesquelles celle-ci s'efface devant le droit de l'Etat dans lequel le programme

international d'assurance intervient.

2 C'est ainsi que l'appréciation de la capacité pour l'assureur d'intervenir localement, la fiscalisation de la police où encore le respect d'obligations locales résultant de lois dites de police est soumis au droit de chaque Etat où le programme international d'assurance trouve à s'appliquer.

météorites, actes de terrorisme, rébellion, insurrection, mouvements populaires, les actes des forces armées en temps de paix. Sont exclus de son champ d'application la guerre, les grèves légales, les risques nucléaires, les dommages intentionnels, les biens non assurés par police d'assurance, les pertes d'exploitation et autres dommages indirects, la subsidence ou le glissement de terrain non causé par une inondation, les sinistres survenant avant le paiement de la prime ou pendant le délai de carence. Même s'ils peuvent être considérés comme des dommages indirects, les frais de démolition, de déblais consécutifs à un dommage assuré tel que défini ci-avant sont couverts par le Consorcio de Compensación de Seguros à une hauteur déterminée dans ses statuts.

Le Consorcio de Compensación de Seguros fonctionne comme un fonds d'Etat. La garantie est obligatoirement délivrée dès lors qu'un contrat d'assurances dommages (incendie, véhicules à moteur, vols, bris de machine...) est souscrit pour un risque localisé sur le territoire espagnol. Ce pool d'assurances indemnise les conséquences du risque extraordinaire si celui-ci n'est pas spécifiquement et explicitement garanti par un autre contrat d'assurance, ou lorsque la compagnie d'assurances ayant délivré la garantie ne peut tenir ses engagements pour cause de banqueroute, suspension de paiement ou insolvabilité. Le Consorcio de Compensación de Seguros bénéficie de la garantie de l'Etat espagnol pour honorer ses engagements.

La prime afférente à la garantie du risque extraordinaire est déterminée obligatoirement par les taux du Consorcio. Pour mutualiser le fonds, la prime doit lui être reversée, que le risque soit pris en charge ou non par le Consorcio de Compensación de Seguros. En effet, à bien lire les textes instituant et régissant son fonctionnement, ce n'est pas tant le transfert du risque au Consorcio par l'assureur qui est obligatoire que le transfert et donc le versement de la prime. Il va de soi qu'aucun assureur ne conserve le risque en versant la prime au Consorcio. Les taux étant fixés, les compagnies d'assurances et de réassurances n'ont pas jugé intéressant de se substituer au Consorcio pour la couverture des risques visés et ont préféré exclure cette garantie de leur couverture d'assurances ou de leur traité. La législation espagnole exige des compagnies d'assurances domiciliées dans un autre Etat membre de l'Espace économique européen, souhaitant opérer en Espagne en régime de libre prestation de services, de désigner un représentant, toute personne physique résidant habituellement en Espagne ou toute société établie en Espagne, pour remplir leurs obligations de déclaration/liquidation et de versement des sur-

charges et taxes obligatoires établies au profit du Consorcio de Compensación de Seguros ⁽⁶⁾.

La prime Consorcio doit lui être versée dans le mois qui suit la signature de la police ou sa prise d'effet. A défaut, le risque n'est plus couvert et l'assuré est déchu de ses droits. Ce délai de paiement peut paraître suffisant pour des particuliers, mais, pour des « comptes entreprises » dans lesquels les primes sont perçues par l'assureur de nombreux mois après la prise d'effet de la police, la question revêt une importance indéniable. En effet, dans l'assurance des risques des grandes entreprises les capitaux garantis sont souvent très importants et la prime Consorcio dont l'assiette est constituée par ceux-ci en est donc *de facto* d'un montant non négligeable. Le paiement de la prime Consorcio apparaît donc pour l'assureur comme une avance de trésorerie qu'il fait à son assuré. En répétant cette opération de nombreuses fois, l'assureur en vient à grever de façon importante ses comptes de résultats.

Outre les pools locaux d'assurance ou de réassurance obligatoires, les législations étrangères de droit des assurances se si-

/// Ainsi, dans le cadre d'un programme d'assurance international, la souscription d'une couverture d'assurance pourra donner lieu, dans tel ou tel Etat, à la perception localement de droits de timbre ou d'enregistrement. ///

tuant en dehors de l'Espace économique européen contiennent de très nombreuses dispositions bien éloignées de nos pratiques habituelles. C'est ainsi que la Corée du Sud, la Thaïlande et la Chine prévoient un droit de timbre sur les polices d'assurance. Ainsi, dans le cadre d'un programme d'assurance international, la souscription d'une couverture d'assurance pourra donner lieu, dans tel ou tel Etat, à la perception localement de droits de timbre ou d'enregistrement.

Il existe enfin un certain nombre d'Etats qui fixent d'autorité au préalable le montant de la prime pour le risque considéré. Ces Etats sont appelés « pays à tarifs ». C'est le cas de l'Ukraine ou de la Russie. La Chine fixe quant à elle le montant de la prime brute en RC auto qui y est par ailleurs une assurance obligatoire. Dans ces Etats, la prime ne peut être discutée. •

(1) Cass, 5 décembre 1910, *America Trading*, JDI (Clunet) 1912, p.1156, S. 1911, jur., p.129.

(2) La Tribune de l'assurance, *Les programmes internationaux d'assurance à l'épreuve du non-admis*, avril 2007, n° 111, pp. 28-31.

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

(4) 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.

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

(6) Article 86 de la loi 30/1995 du 8 novembre 1995 sur l'ordonnancement et la supervision des assurances privées.