

SOMMAIRE

EDITORIAL

Michel YARHI
Président de CEFAREA

DU BON USAGE DU RECOURS A L'ARBITRAGE EN MATIERE DE DIFFERENDS D'ASSURANCE

Alexandre JOB Juriste d'Entreprise &
Richard GHUELDRE Avocat Associé - Docteur en droit Gide
Loyrette Nouel

LA RESOLUTION DES LITIGES ET L'ASSURANCE

Richard FREYTAG Expert Conseil / Médiateur

LA CLAUSE COMPROMISSOIRE ET L'EFFET RELATIF DU CONTRAT

Stéphane CHOISEZ Avocat à la Cour

**LE COURTIER D'ASSURANCE A-T-IL DROIT A LA SECURITE
JURIDIQUE ?**

Pierre DRANCEY Docteur en Droit

**LA DIRECTIVE SOLVABILITE 2
UN NOUVEL UNIVERS POUR L'ASSURANCE EUROPÉENNE**

Eric EVIAN Juriste d'entreprise

FAUX AMIS CONTEMPORAINS

Martin JUDSON Reinsurance Consultant

EDITORIAL

Ainsi qu'il l'avait annoncé, Mikaël Hagopian m'a passé le flambeau cette année.

A quatre vingt seize ans, cette immense personnalité du monde de l'assurance et de la réassurance a souhaité prendre sa « vraie » retraite.

Sans vouloir revenir sur une longue carrière bien remplie, rappelons cependant que sa grande maîtrise des arcanes de la profession en avait fait le phare vers lequel se tournaient ceux qui avaient une difficulté ou un souci dans l'application du droit ou des usages de l'assurance.

Ces qualités reconnues par tous, avaient favorisé la création de CEFAREA en 1995, réunissant autour de lui les meilleurs esprits de la profession, permettant ainsi que cet organisme puisse jouer, par le biais de l'arbitrage, un rôle actif dans le règlement des litiges.

Succéder à un personnage aussi remarquable, faisant figure de commandeur dans la profession, est une immense responsabilité dont je sens tout le poids.

J'essaierai donc, avec l'aide de mes complices que sont Anne DESOUS et Eric EVIAN, de me montrer à la hauteur et de faire en sorte que CEFAREA continue à jouer son rôle au service de la profession.

Une des premières tâches que je me suis assignée est de mieux faire connaître l'association. A cet effet nous :

- Avons participé à deux salons professionnels dans lesquels, tenant un stand en collaboration avec le CMAP. Ainsi, nous avons eu l'occasion de rencontrer de très nombreux interlocuteurs qui se sont montrés très favorables aux arguments développés,
- Sommes intervenus dans plusieurs conférences pour présenter l'intérêt du recours à des modes de règlements alternatifs des litiges pour les acteurs du monde de l'assurance,
- Avons répondu à des interviews qui ont été diffusées dans des journaux professionnels.

Ces efforts n'ont pas été vains puisque nous avons eu le plaisir d'accueillir plusieurs nouveaux adhérents de grande qualité.

Parallèlement, nous avons mis en place, avec le CMAP, un règlement spécifique relatif à la **médiation**, nouveau champ d'intervention de CEFAREA depuis cette année, et avons agréé de nouveaux arbitres après qu'ils aient suivi la formation adéquate.

Compte tenu de cette nouvelle activité que représente la médiation, je ne saurai trop insister auprès de nos membres, qui seraient intéressés par ce mode de règlement des litiges, de suivre la formation prodiguée par le CMAP.

Pour l'année à venir, nous pensons, comme les années précédentes, organiser une manifestation qui ne sera pas cette fois ci un arbitrage fictif mais, compte tenu de l'élargissement de nos activités à la médiation, une médiation fictive.

De nombreuses tâches restent encore à accomplir et de projets à réaliser. J'espère que chacun d'entre vous aura à cœur de participer à notre action et, ainsi, au développement de cette association qui nous lie.

*

* * *

Cette année encore notre publication vous présente des articles de haute tenue.

Richard Ghuedre du cabinet Gide Loyrette Nouel et Alexandre Job nous rappellent les principes de l'arbitrage et l'intérêt qu'il y aurait pour les différents acteurs, et en particulier pour les entreprises, à y recourir.

Richard Freytag expert conseil, après avoir décortiqué les comportements psychologiques des parties à un litige prône, pour les compagnies d'assurance, le recours à la médiation.

Stéphane Choisez, avocat à la cour et nouvel adhérent, montre au terme d'une étude remarquable le développement de la clause compromissoire dans notre droit, développement qui pourrait rendre obsolète la théorie générale du contrat.

Pierre Drancey, spécialiste des questions relatives au courtage, réagit et analyse les conséquences de l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 février 2009 sur la relation courtiers – compagnie en terme de valorisation des portefeuilles de clients.

Eric Evian, responsable juridique chez Alico, nous fait un point sur un sujet qui concerne l'ensemble des compagnies d'assurance et de réassurance, plus particulièrement en période de crise financière, à savoir Solvabilité II.

Martin JUDSON, reinsurance Consultant, the last but not the least, nous présente comme chaque année une rubrique amusante sur les particularités qui font que les langues Françaises et Anglaises, depuis les Plantagenets, jouent à je t'aime moi non plus.

Merci à tout un chacun pour la qualité de son travail.

DU BON USAGE DU RECOURS A L'ARBITRAGE EN MATIERE DE DIFFERENDS D'ASSURANCE

Alexandre Job
Juriste d'Entreprise
&
Richard Ghueldre
Avocat Associé - Docteur en droit
Gide Loyrette Nouel

Si l'arbitrage est de mise en matière de réassurance, la faculté pour les acteurs de l'assurance d'y recourir pour régler leurs litiges relatifs à l'exécution des contrats d'assurance (litige assureur assuré, litiges entre co-assureurs) ou d'intermédiation est encore trop peu utilisée.

Pourtant, l'arbitrage a connu un développement très important ces dernières années de sorte qu'il apparaît désormais comme un mode usuel, voire naturel en matière de résolution des litiges internationaux entre opérateurs économiques.

Les raisons du succès de l'arbitrage sont multiples. Il est généralement perçu comme un moyen rapide, confidentiel mais aussi efficace¹, flexible et spécialisé de résolution des différends commerciaux.

Nonobstant les qualités qui lui sont généralement reconnues (v. notamment *M Hagopian, l'arbitrage, mode alternatif de résolution des différends d'assurance et de réassurance, Revue de jurisprudence commerciale, 2001, p. 103*) et l'extension du champ des domaines arbitrables par la loi NRE de 2001, il n'en reste pas moins que le recours à l'arbitrage peut, dans certaines circonstances, s'avérer complexe, coûteux et source d'incertitudes.

Tel est généralement le cas lorsque la décision de recourir à l'arbitrage a été mal préparée et son processus insuffisamment sécurisé.

Aussi, apparaît-il utile de rappeler quelques conseils d'usage à destination des professionnels en sorte de prévenir certains de ces écueils.

L'alternative entre la clause compromissoire ou le compromis

Les parties peuvent recourir à l'arbitrage en choisissant soit de soumettre un litige né par la conclusion d'un compromis (article 1147 du Code de procédure civile) soit en s'engageant *ab initio* à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat dès la conclusion de celui-ci par insertion d'une clause compromissoire (article 1442 du Code de procédure civile).

L'expérience montre que dans la majorité des cas la sentence arbitrale est exécutée spontanément.

La réflexion sur le choix du recours à l'arbitrage, pour être optimale, doit être menée le plus amont possible du processus contractuel, c'est-à-dire dès la rédaction du contrat. Il doit s'agir d'un choix réfléchi et éclairé.

Un compromis est plus difficile à négocier puisqu'il s'inscrit dans un contexte de rupture entre les parties. Et, le temps pris pour les négociations est source de retard dans le

règlement du litige, lequel retard peut bénéficier aux intérêts de l'une des parties et donc être préjudiciable à l'autre.

A cet égard, l'inclusion de la clause compromissoire doit sans doute être privilégiée. Il s'agit assurément de la meilleure alternative à la disposition des parties contractantes. C'est le moyen le plus approprié pour lever les incertitudes sur l'environnement dans lequel se résoudront les conflits nés de l'exécution du contrat. Il s'agit d'ailleurs de la pratique la plus répandue.

La clause compromissoire, qui doit être rédigée avec clarté et simplicité (v. *infra*), peut également se combiner avec des clauses de médiation ou de conciliation préalable (Sur les différences entre ces appellations, voir *M. -H. Maleville, Règlement alternatifs des litiges. Du bon usage des appellations non contrôlées, La Tribune de l'Assurance, septembre 2007*). Une clause rédigée simplement et clairement évitera des incertitudes et des débats quant à sa signification et ses effets.

L'alternative entre l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage ad hoc

Que l'arbitrage soit interne ou international, que la décision de s'en remettre à l'arbitrage relève d'une clause compromissoire ou d'un compromis, les parties devront faire un choix décisif entre arbitrage ad hoc et arbitrage institutionnel.

Chacune de ces solutions présente des avantages et ses inconvénients en fonction des caractéristiques du litige et des enjeux en cause.

L'arbitrage institutionnel, qui se déroule sous l'égide d'un organisme spécialisé, est sécurisant en ce qu'il emporte soumission des parties à un règlement d'arbitrage préétabli qui régit les divers aspects de la procédure et rend son déroulement plus prévisible.

On relèvera par exemple, les *Insurance Arbitration Rules of the Arbitration Institute* de la Chambre de commerce de Stockholm en vigueur depuis le 1er avril 1999 ou plus récemment les règlements d'arbitrage du Centre français d'arbitrage de Réassurance et d'Assurance (CEFAREA) et du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP).

La rédaction de la clause compromissoire s'en trouve facilitée. Les institutions d'arbitrage proposent des modèles de « clauses type » qui font un renvoi à leur règlement d'arbitrage (voir notamment le modèle de clause proposé sur le site internet du CEFAREA).

Cependant, dans certains contrats complexes ces clauses peuvent être complétées ou remodelées.

De plus, les institutions sont soutenues par un secrétariat qui facilite le déroulement de la procédure qui en assure l'administration, possèdent une liste d'arbitres répertoriés par champ d'expertise et expérimentés.

Cependant, le choix de l'arbitrage institutionnel doit intégrer le surcoût (frais administratifs etc.) qui viennent s'ajouter aux honoraires du tribunal arbitral. Ce coût additionnel ne doit pas être exagéré dans la mesure où il est prévisible, les institutions proposant généralement un barème, et doit être mis en perspective avec les frais et honoraires qui auraient inexorablement encourus devant les tribunaux étatiques, anglo-saxons notamment, et l'absence, le plus souvent, de l'usage de l'appel en matière arbitrale.

Une étude menée par la CCI a ainsi mis en évidence que 82 % des coûts de l'arbitrage pour une partie étaient représentés par ses frais de conseils (avocats, experts témoins etc.), 16 % par les frais et honoraires des arbitres et 2 % par les frais administratifs de

l'organisme d'arbitrage (v. *Techniques for controlling times and costs in arbitration (2007), rapport de la commission arbitrage de la CCI*).

L'arbitrage dit *ad hoc* s'organise en dehors de toute institution permanente d'arbitrage, hors de tout cadre institutionnel.

En ce qu'il est particulièrement flexible, l'arbitrage *ad hoc* permet, lorsqu'il est conduit par des arbitres expérimentés, de réduire les coûts, d'accélérer la procédure et de l'adapter aux particularités du contrat et de l'attente des parties. Toutefois, il est plus contraignant car les parties doivent prévoir précisément toute la procédure : droit applicable, les règles qui dirigeront l'arbitrage, le nombre d'arbitres, le déroulement du choix des arbitres, la compétence des arbitres, la langue dans laquelle se déroulera l'arbitrage, le champ d'application de la clause, les parties à l'arbitrage, l'existence éventuelles de recours, ...).

Cette négociation peut se révéler difficile tant les intérêts des parties peuvent diverger. En outre, il présente un inconvénient majeur qui tient au blocage possible lors de la constitution du Tribunal arbitral en cas de refus ou de désaccord lors de la désignation du ou des arbitres composant ledit Tribunal ou encore à la difficulté de régler certains incidents de procédure s'ils n'ont été suffisamment anticipés par les parties lors de l'organisation de l'arbitrage.

Cela explique sans doute la baisse du recours à l'arbitrage *ad hoc* en pratique. Lorsqu'il y est fait recours, il est recommandé, pour des raisons de prévisibilité, d'en soumettre la procédure au règlement édicté par la CNUDCI.

Sauf circonstances particulières, le choix de l'arbitrage institutionnel doit être privilégié.

Les autres éléments à prévoir

Lors des négociations de la clause compromissoire d'autres choix doivent être opérés par les parties. Ceux-ci portent principalement sur le choix du droit applicable, d'un arbitrage en droit ou en amiable composition et du siège de l'arbitrage.

S'agissant du droit applicable, à supposer par exemple que le litige fasse intervenir des assurés, assureurs et réassureurs de "nationalités" différentes, les négociations peuvent s'orienter vers une loi qui n'avantage aucun des cocontractants, et c'est pourquoi certaines clauses compromissoires font appel à un arbitrage soumis à un droit différent de la nationalité des deux parties pour garantir une pleine impartialité. C'est l'alternative offerte lorsque l'une ou l'autre des parties ne parvient pas à imposer sa loi nationale. Il est également conseillé de faire coïncider loi applicable et langue de l'arbitrage.

La fixation du siège de l'arbitrage est essentielle. Elle détermine l'environnement juridique dans lequel la procédure arbitrale va évoluer. Sa localisation fixe quelle est la juridiction d'Etat qui devra être saisie soit pour connaître des difficultés auxquelles peut donner lieu la désignation du ou des arbitres (juge d'appui), soit pour connaître des recours possibles contre la sentence (recours en annulation).

L'arbitrage peut également permettre d'obtenir une solution plus proche, dans l'esprit, de la médiation et les parties peuvent ainsi donner une pleine liberté aux arbitres qui vont décider en « amiable composition ». Dans cette hypothèse, le Tribunal Arbitral est autorisé à évincer les règles de droit, si ceux-ci lui paraissent contraires à l'équité.

L'amiable composition est en pratique peu usitée compte tenu de l'aléa supplémentaire que la recherche de l'équité par l'arbitre fait planer sur la prévisibilité de la solution qu'il rendra.

Le cas des contrats complexes

La rédaction de la clause compromissoire doit enfin faire l'objet d'une attention particulière notamment en présence de contrats multipartites, ce qui est le cas dans les contrats de coassurance, dans lesquels plus de deux parties sont impliquées avec des intérêts divergents ou plutôt non nécessairement convergents.

Il en est de même dans le cas de contrats distincts mais relevant d'une même unité économique ou ayant des liens étroits entre eux (ex. : des accords de réassurance à 100 % quand l'assureur ne fait que du "fronting" voire les traités de réassurances incluant une clause de partage de sort du réassureur vis à vis de l'assureur) il est recommandé de prévoir une clause assurant l'unité de la procédure arbitrale ("umbrella arbitration agreement") en ouvrant la possibilité de consolider les procédures devant un même tribunal arbitral. La question peut en effet se poser de l'opposabilité des sentences à ceux qui, par oubli ou à dessein, n'ont pas été définis comme parties dans la clause compromissoire.

La décision d'insérer une clause compromissoire dans un contrat doit être un choix réfléchi, ne doit pas être nécessairement généralisée, mais plutôt découler des circonstances du contrat et des relations contractuelles avec son cocontractant.

LA RESOLUTION DES LITIGES ET L'ASSURANCE

Richard FREYTAG
Expert Conseil / Médiateur

Dans notre vie professionnelle ou personnelle, nous rencontrons tous des situations problématiques auxquelles nous ne trouvons pas de solution idéale. Selon leur importance, nous leur donnons le nom de difficultés, problèmes, sinistres, litiges, conflits.

L'assurance utilise surtout le terme de sinistre. Cela laisserait-il penser que les autres situations difficiles rencontrées par un assuré qui ne relèvent pas d'une garantie souscrite, sont négligées par les opérateurs de l'assurance ? Ce n'est heureusement pas toujours le cas, même si beaucoup reste à faire. Nous y reviendrons.

Les conflits en général peuvent donc se rencontrer dans tous les domaines de la vie privée ou professionnelle. Difficultés avec un voisin, avec un client, un fournisseur ou une entreprise, accidents divers, difficultés de paiement, mauvaise compréhension avec une administration, un banquier, **un assureur...**

L'origine des conflits peut également se situer sur un registre large et varié.

Les cas les plus simples sont consécutifs à un accident ponctuel, mettant en relation des parties qui n'ont pas eu préalablement de relation commune. Ici, il n'y a pas de vécu préalable avec un « passif ». Dans ce cas, la résolution du conflit est relativement aisée et l'assurance y contribue d'ailleurs assez largement.

Les conflits les plus compliqués sont ceux qui se déclarent entre des parties qui ont connu un vécu commun avec des composantes agréables et positives ainsi que des aspects plus négatifs et des frustrations.

Dans ces cas, la manifestation du conflit ne constitue souvent qu'un aperçu plus ou moins violent d'un ensemble plus vaste et souvent douloureux.

Face aux conflits plusieurs réactions sont possibles, sachant que souvent elles ne sont pas décidées en pleine objectivité.

Les plus courantes sont évoquées ci-dessous :

- **La fuite** est souvent la meilleure réaction de court terme. Elle évite le pire et permet parfois de « reculer pour mieux sauter ». Elle n'est réellement intéressante que si elle permet de résoudre complètement et définitivement le problème.
- **La soumission** peut être intéressante lorsque finalement elle présente des avantages à long terme et peu d'inconvénients.
- **La feinte** est une variante non sincère de la soumission dans laquelle on attend le meilleur moment pour s'en sortir ou pour « poignarder » l'adversaire.

- **L'opposition ou l'affrontement** constituent souvent la partie la plus apparente et classique des conflits. L'affrontement est parfois nécessaire, voire indispensable mais il convient de bien en mesurer tous les effets dévastateurs.
- **La sanction ou la contrainte** est souvent la solution la plus « confortable » de celui qui se trouve en position d'autorité. Elle comporte malheureusement de très nombreux effets pervers et ne permet pas réellement de résoudre le fond du problème. Le résultat est assez analogue si l'on fait trancher un différend par une autorité, un arbitre, un tribunal...
- **La participation** constitue à notre avis le moyen le plus efficace pour parvenir à résoudre le conflit complètement et dans toutes ses composantes. Par le dialogue constructif, **chaque partie participe à la recherche d'une solution équitable**. Pour parvenir à mettre en œuvre les conditions d'une bonne démarche participative il existe plusieurs moyens mais tous reposent d'abord sur la volonté d'aboutir des parties.

Evoquons les moyens usuels de procédures participatives :

- **La négociation** directe entre les parties constitue le moyen d'action le plus répandu. Elle peut être assistée par des conseils (pas uniquement des avocats) des parties. Elle est souvent menée par des parties non nécessairement entraînées à ce genre d'exercice, à qui néanmoins la volonté d'aboutir apporte un moteur puissant.
- **La conciliation** : Il n'y a pas d'unique définition de ce terme et l'on trouve toutes sortes de conciliateurs. Ici un tiers, de préférence indépendant des parties, facilite la négociation par tous les moyens appropriés. Un expert peut aussi être un conciliateur.
- **L'arbitrage** : C'est une forme assez connue dans le monde professionnel. Il repose sur l'idée de confier la prise de décision à un tiers hautement qualifié plutôt que (ou avant de) saisir un tribunal. Nous ne croyons pas réellement à cette solution en tant que solution participative, car souvent l'affrontement des parties demeure et chacun défend son dossier de façon aussi partielle que devant un tribunal.
- **La Médiation** : Nous considérons que c'est la méthode la plus aboutie de résolution participative des conflits. Elle présente de grandes similitudes avec la conciliation. Le médiateur est intègre, neutre et indépendant des parties mais l'importante différence avec les formes précédentes est que le médiateur ne rend aucune sentence, ni même un avis. Il n'a pas à prendre partie ni dire qui a raison. Son rôle est de faciliter le dialogue et la négociation par son savoir faire (incluant ses solides connaissances dans beaucoup de domaines, dont il ne fera pas état).

Dans une médiation bien réussie, chaque partie est pleinement satisfaite de la solution trouvée en commun qui est souvent très novatrice par rapport à l'enfermement de départ. Elle résout toutes les composantes du conflit (y compris celles du passé) et permet la reprise de bonnes relations.

De par son rôle traditionnel l'assureur intervient fréquemment pour résoudre des conflits et réparer les conséquences dommageables tout au moins lorsqu'ils ont une origine accidentelle en IARD.

Il y a là un rôle social important de l'assurance dont la contribution est primordiale pour la Société.

Au delà du rôle traditionnel d'indemnisation des préjudices, les services s'élargissent. La protection juridique a pour vocation d'aider à résoudre les conflits. Nous pensons que l'assistance pourrait aussi davantage accroître ses services permettant de faciliter la résolution des difficultés.

Malgré cet apport très important de l'Assurance, il faut regretter l'existence de trop nombreux litiges dans le fonctionnement même du contrat d'assurance. On les rencontre le plus souvent à l'occasion d'un sinistre, là où les attentes de l'assuré sont grandes et peuvent ne pas être satisfaites.

Quel que soit le soin apporté à la qualité de service par les intervenants du secteur de l'assurance, il reste de nombreux cas où l'intervention d'un médiateur externe, qualifié et indépendant permettrait de mieux résoudre le conflit rencontré. Allant très au-delà de la traditionnelle fonction d'expert d'assuré, un bon médiateur d'assurance peut faire comprendre au client le fonctionnement de l'assurance et la justification d'une exclusion par exemple. Il peut également montrer à l'assureur pourquoi les attentes du bénéficiaire du contrat ne sont pas satisfaites. Partant de là, il est souvent possible de bâtir des solutions et trouver un accord.

En amont, l'intérêt serait aussi qu'après la résolution des cas présentés, le médiateur soit entendu par les responsables de l'assureur capables de corriger les procédures internes éventuellement mises en défaut. Un bon médiateur de l'assurance est également capable de conseiller les assureurs intéressés pour améliorer la qualité du service tel qu'il est **effectivement perçu par les bénéficiaires**.

La vocation de l'assurance étant d'améliorer la sécurité et le bien être, nous souhaitons que les services offerts à l'avenir permettent aux assurés de résoudre encore mieux les conflits qui se présentent à eux, avec le moins d'exclusions possibles.

Par exemple, les assureurs de responsabilité pourraient davantage inclure des prestations de médiation dans leurs services. Tous les jours, nous constatons qu'un médiateur introduit très rapidement au contact de la victime permet instantanément de témoigner la reconnaissance attendue et de mettre en place des mesures conservatoires efficaces. La reconnaissance de la victime et de ses attentes permet d'éviter l'escalade des revendications et par conséquent l'inflation des indemnisations.

En utilisant la médiation, les garanties de recours amiables pourraient aussi être accordées plus largement parce que moins coûteuses. Les assureurs de protection juridique, véritables assureurs de résolution de litiges, pourraient ainsi favoriser plus largement le règlement amiable des conflits et abandonner au passage quelques exclusions de leurs contrats. Pour éviter une éventuelle anti-sélection, il est possible de s'écarter du principe de la mutualisation absolue et rendre certains services du médiateur partiellement payants en fonction de la consommation réelle.

Nous pensons également à tous les intermédiaires d'assurance dont la fonction naturelle de conseil pourrait s'enrichir par l'intervention de médiateurs qualifiés. Cela permettrait d'apporter un réel service aux assurés en difficulté lorsque l'assurance ne peut pas s'appliquer ou bute sur ses limites.

Ainsi nous pourrions voir les assureurs élargir les services offerts en vue de la résolution des conflits rencontrés par leurs clients, ce qui constitue une grande attente des consommateurs non encore pleinement satisfaite.

LA CLAUSE COMPROMISSOIRE ET L'EFFET RELATIF DU CONTRAT

Stéphane CHOISEZ
Avocat à la Cour

La clause compromissoire serait-elle devenue l'un des symptômes les plus visibles de l'obsolescence de la théorie générale du contrat ? (1).

Car, même en droit interne, la jurisprudence tend à affirmer de plus en plus ouvertement le pouvoir d'attraction de la clause compromissoire, bien au-delà des parties signataires à la convention initiale, heurtant le principe de l'effet relatif des contrats (2).

Cette prééminence de la clause compromissoire apparaît être la suite logique du nouvel article 2061 du Code Civil, validant les clauses compromissoires « *dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* » (3).

En amenant le juge à s'intéresser à la validité de la clause à raison, non pas de la personne, mais de l'activité de celle-ci, le législateur a permis de réinitialiser l'usage de la clause compromissoire en droit interne (4).

Pour autant, dans sa marche triomphale, la clause compromissoire ne s'est-elle pas par trop éloignée du droit commun ?

1) Du principe de l'effet relatif en droit commun à son utilisation en droit de l'arbitrage dans les hypothèses de substitution de parties

L'article 1165 du Code Civil, fondant le principe de l'effet relatif, rappelle que « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».

Mais inutile de se contenter d'une lecture par trop rapide de l'article 1165 du Code Civil – faisant du contrat la seule chasse gardée des parties - qui n'aurait guère de sens, la doctrine collectant les exceptions au principe de l'effet relatif (5).

Tout d'abord parce que le contrat, s'il ne lie pas les tiers, n'en existe pas moins comme un fait juridique que les tiers doivent respecter.

De surcroît, en droit commun, il est tout à fait loisible que des personnes qui étaient des tiers au moment de la conclusion du contrat acquièrent la qualité de partie.

Tel sera par exemple le cas des ayants causes à titre universel, et ce sur le classique fondement de l'article 1122 du Code Civil, qui rappelle qu'on est censé avoir stipulé pour soi « *et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention* ».

Seront considérés comme des ayants cause à titre universel, les héritiers pour les personnes physiques, ou encore pour les personnes morales, la société absorbante à la suite d'une opération de fusion absorption entraînant la dévolution, active et passive, à titre universel des droits et obligations de la société absorbée (6).

Mais hormis ces hypothèses, et parce que les conventions « *ne profitent pas aux tiers* », théoriquement un tiers ne peut invoquer une clause d'un contrat auquel il n'est pas partie, de même que réciproquement les conventions ne nuisant pas aux tiers, les parties originaires à la convention ne peuvent plus pas réclamer l'exécution du contrat auprès du tiers, ni même invoquer contre lui l'application d'une clause du contrat, par exemple une clause attributive de compétence (7).

Or, pourtant, la simple lecture de la jurisprudence rendue en matière d'arbitrage démontre que la clause compromissoire engage bien plus de personnes que les parties à la convention initiale.

Ladite clause sera notamment déclarée applicable à des tiers à la convention initiale, au titre d'une substitution dans les droits des parties, permettant de déclarer opposable au mandataire d'une partie une clause compromissoire contenue dans un arbitrage international (8), mais également dans l'hypothèse d'une convention de garantie de passif (9), via le recours à la notion de stipulation pour autrui.

Tel sera également le cas d'une subrogation de l'assureur dans les droits de l'assuré (10) ou encore d'une cession de créance (11).

Mais on est plus là en présence d'une utilisation intensive des exceptions classiques au droit commun de l'effet relatif des contrats, que dans une transgression de cette même règle, ainsi que le démontrent les exemples de la cession de créance ou de la subrogation.

Ainsi, dans l'arrêt de la 2^{ème} Chambre Civile du 20 décembre 2001, relatif à une cession de créance, c'est sous le visa de l'article 1692 du Code Civil, rappelant que la cession d'une créance comprend les accessoires de celle-ci, que, en droit interne, une clause compromissoire est déclarée applicable, au motif que « *la clause d'arbitrage avait été transmise au cessionnaire avec la créance* ».

De même pour la stipulation pour autrui, puisque l'arrêt de la 1^{ère} Chambre Civile du 11 juillet 2006 prendra clairement position, en déclarant opposable une clause d'arbitrage au bénéficiaire d'une garantie de passif au motif que : « *la clause d'arbitrage contenue dans le contrat liant le stipulant au promettant, peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, et donc contre la société bénéficiaire de la garantie de passif* ».

Cet arrêt qui marque un revirement de jurisprudence avec l'affaire Bisutti (12), notamment en n'exigeant pas du bénéficiaire de la stipulation qu'il accepte de se voir opposer la clause, procède d'un pragmatisme certain.

Retenir une solution contraire aurait heurté à la fois la force obligatoire du contrat fondé sur l'article 1134 du Code Civil, mais également l'article 1121 du Code Civil, fondant le principe de la stipulation pour autrui, supposé sous-tendre le mécanisme de la convention de garantie de passif (13).

A cet égard, on ne peut oublier que l'assurance, et notamment l'assurance de personnes, est fondée sur la stipulation pour autrui qui irrigue la totalité de la matière (14).

Le bénéficiaire de la stipulation pour autrui recueillant les droits tirés du contrat, doit supporter les termes et conditions de la convention qui crée son droit (15).

Il conviendrait alors, si l'on suit ce raisonnement, d'appliquer – sous les réserves habituelles de validité des clauses compromissoires - les clauses d'arbitrage contenues

dans les contrats entre assureur et assuré, non seulement entre eux, mais également au bénéficiaire qui « *n'a de tiers que le nom* » selon la formule du Doyen BEIGNIER (16).

L'opposabilité aux ayants cause ne caractérise donc pas une rupture radicale avec la théorie générale du contrat, et s'inscrit plutôt dans une continuité juridique avec le principe de l'effet relatif et de ses exceptions.

2) Du fondement de la circulation de la clause compromissoire dans les chaînes de contrat et des insuffisances du recours à la règle « *propter rem* »

Les choses se compliquent quand on aborde la deuxième série de règles attachées à l'idée de circulation de la clause compromissoire, à savoir les chaînes de contrats.

En droit de l'arbitrage, la jurisprudence, depuis l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 27 mars 2007, retient l'idée d'une « *transmission automatique* » de la clause d'arbitrage dans les chaînes de contrats translatifs de propriété en tant « *qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis* ». (17)

La formule a d'ailleurs été reprise à l'identique dans un arrêt de la 1^{ère} Chambre Civile du 9 janvier 2008 (18).

Ici encore, la théorie générale connaît des actions contractuelles et des chaînes de contrat, de même que du concept de l'accessoire à un droit.

L'arrêt BESSE de l'Assemblée Plénière du 12 juillet 1991 (19) a rappelé une interprétation traditionnelle de l'article 1165 du Code Civil dans les chaînes de contrats translatifs de propriété en posant « *que le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage* ».

Cette solution sera ultérieurement confirmée (20) et, dès lors qu'une chose est transmise, l'action est elle-même transmise à titre d'accessoire de la chose.

A priori, l'arrêt de la 1^{ère} Chambre Civile du 27 mars 2007 s'inscrit dans la lignée de cette jurisprudence, avec l'idée que l'action se transmet « *propter rem* » en tant qu'accessoire de la chose, dont la propriété est elle-même transférée.

Car, faisant suite à l'arrêt Peavey de la 1^{ère} chambre civile du 6 février 2001, arrêt critiqué pour son imprécision juridique (21), la cour de cassation dans l'arrêt du 27 mars 2007 pose clairement la règle en indiquant que « *dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique qu'en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne* ».

Toutefois, c'est se contenter d'une lecture rapide de l'arrêt de n'y voir qu'une simple transposition à la matière de l'arbitrage des règles de droit commun.

Car le fondement de la transmission « *en tant qu'accessoire* » est discutable.

En effet, selon le Professeur BOLLEE « *par essence, la transmission est un jeu à somme nulle, rien ne se perd, rien ne se crée. Comment alors, en bonne logique, une clause pourrait-elle continuer à lier celui qui l'a transmise à un tiers ?* » (22).

En d'autres termes, et on entre là de plein pied dans la spécificité du droit de l'arbitrage, plutôt que la notion de transmission, l'extension du domaine de la clause compromissoire ne serait-elle pas plus fondée sur la notion de litige ? (23).

Car l'accessoire, dans l'arrêt du 27 mars 2007 ne porte pas sur la propriété de la chose, mais sur l'action elle-même, qui n'a d'autre finalité que de permettre de faire valoir une prétention devant un juge.

De plus, la question de la qualification de contrat de vente était contestable.

La distinction entre contrat de vente et contrat de prestation de service dépend du fait de savoir si les caractéristiques d'un produit sont déterminées à l'avance, ce qui induit l'existence d'une vente, ou s'il s'agit de répondre à un besoin spécifique, entraînant la qualification de contrat d'entreprise (24).

Or, certains éléments du dossier laissent à supposer qu'on était en présence d'une fabrication spécifique, pouvant alors relever de la qualification de contrat d'entreprise.

Comment alors se contenter de la notion d'accessoire ?

Et même en passant par la notion d'accessoire de l'action, et non pas de la chose cédée, on néglige le fait que les parties contractantes originelles sont toujours tenues de l'application de la clause compromissoire.

Si l'on accepte d'envisager l'usage de la notion d'accessoire comme une simple concession faite à la théorie générale des contrats, pourvu que l'ensemble contractuel marque un transfert de propriété de la chose, la transmission de la clause compromissoire serait automatique, ce qui explique que l'arrêt puisse aller jusqu'à déclarer que cette transmission « accessoire » de la clause compromissoire, s'applique aussi bien à des chaînes de contrats homogènes qu'à des chaînes de contrats hétérogènes. (25)

A noter également, toujours au nom de l'efficacité qui semble désormais irriguer la matière par rapport à la jurisprudence Peavey de 2001, la cour de cassation abandonne le critère de l'ignorance raisonnable.

L'invocation de concepts de droit commun ne suffit donc plus à expliquer les solutions retenues quant à la circulation de la clause compromissoire, signe d'une rupture en train de se consommer entre droit spécial et droit général.

3) De l'utilisation de la clause compromissoire dans les ensembles contractuels à l'atteinte au principe de l'effet relatif des contrats

Mais n'est-on pas déjà passé de la brouille au divorce ?

Car un arrêt, récent, de la chambre commerciale du 25 novembre 2008, amène à s'interroger sur la volonté exacte de la cour de cassation quant à cette conception « arbitrale » du droit des obligations (26).

Dans cet arrêt, la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation a considéré qu'une clause compromissoire inscrite dans un contrat de vente de matériels entre une société TAGLIAVINI, cédante, et une société PANISUD, cessionnaire, le 25 février 1998, avait vocation à s'appliquer dans le cadre d'un crédit bail conclu entre la société PANISUD et la société SOFINABAIL, le 16 juin 1998.

Ce qui rendait cette opération de crédit-bail étonnante, était que la clause compromissoire n'existait pas dans le contrat de vente signé entre le vendeur et la société de crédit-bail, et que l'opération de vente avait précédé l'opération de crédit-bail de plusieurs mois, le

crédit-bail n'étant vraisemblablement intervenu que dans le cadre d'une opération de refinancement.

Cela étant, les circonstances du dossier ne permettent pas de savoir si un second contrat de vente avait été signé entre la société TAGLIAVINI (à la suite par exemple d'une clause de réserve de propriété) au profit de la société SOFINABAIL ou si c'est la société PANISUD elle-même qui avait revendu les biens à la société SOFINABAIL, pour devenir crédit preneur des matériels pourtant achetés par ses soins quelques mois plus tôt.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt déclarera opposable la clause compromissoire à la société PANISUD lors du recours qu'elle tentera d'introduire contre la société TAGLIAVINI, ce qui peut, selon la lecture qu'on fait de l'arrêt, marquer soit une évolution profonde de la matière, soit un rappel strict du principe d'autonomie.

Soit l'on considère que l'arrêt du 25 novembre 2008 est un simple rappel de la règle relative à l'autonomie de la clause compromissoire ; Ainsi, le fait qu'un nouveau contrat de vente - qui a manifestement existé à défaut de quoi SOFINABAIL n'aurait pu devenir propriétaire - puisse être substitué au premier contrat de vente ne suffirait pas à caractériser le défaut d'application « évident » de la clause d'arbitrage inscrite au contrat de vente initial de la société TAGLIAVINI.

Soit, et c'est par exemple la position du Professeur MAINGUY dans son commentaire de l'arrêt du 25 novembre 2008, on considère que l'arrêt est « fondateur » parce que se référant, pour appliquer la clause compromissoire, à la théorie de l'indivisibilité contractuelle ; Or, la nature des groupes de contrat est d'être bien plus large que la simple notion de chaîne de contrat, et de traiter de l'ensemble de contrats qui peuvent parfaitement être « circulaires, nodulaires ou en faisceau » (27).

Si l'on suit cette seconde voie, on aboutit, dans un ensemble contractuel complexe et sans transmission « classique » de la clause compromissoire, à la possibilité de voir déclarer opposable cette clause à des tiers à une convention, sans qu'il puisse être invoqué, ni même utile de recourir, à la substitution des personnes, notamment par les ayants cause, ou encore à la théorie de l'accessoire du droit.

Même si le temps des certitudes n'est pas encore advenu, la solution apparaît envisageable sur le plan théorique.

La jurisprudence en matière de circulation ou d'opposabilité de la clause compromissoire dénote d'un pragmatisme, classiquement assimilé à l'arbitrage international, qui l'amène à se dégager de plus en plus du droit commun, et à utiliser ses propres principes.

Reste à savoir si cette délicate cohabitation entre le droit commun et la clause compromissoire ira ou non dans le sens d'une réconciliation, et si celle-ci est d'ailleurs même souhaitable.

(1) Voir « *Modernité ou obsolescence du Code Civil ?* » de G.VINEY, Mélanges LE TOURNEAU, pages 1043 et suivantes, éditions DALLOZ 2008.

(2) Voir « *La clause compromissoire et le droit commun des conventions* » par S.BOLLEE, Revue de l'Arbitrage 2005, page 919.

(3) Article 126 de la Loi n°2001-420 du 15 mai 2001, publiée au Journal Officiel du 16 mai 2001.

(4) Voir C.JARROSSON « *Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001* » JCP E 2001, 1371, n°17.

(5) Voir « *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats* » par R.SAVATIER, RTDC 1934, page 525.

(6) Com. du 25 mai 1987, Revue des Sociétés 1987, page 629.

- (7) Com. du 28 février 1983, Bull. Civ. 1983, IV, n°89.
- (8) Civ. 1^{ère} du 8 février 2000, n° 95-14330.
- (9) Civ. 1^{ère} du 11 juillet 2006, n°03-11983, JCP G 2006, II, 10183 note C. LEGROS.
- (10) Civ. 1^{ère} du 22 novembre 2005, n°03-10087.
- (11) Civ. 2^{ème} du 20 décembre 2001, n°00-10806.
- (12) Cass. Com. du 4 juin 1985, Bull. Civ. 1985, IV, n°78.
- (13) Com. du 7 octobre 1997, Dalloz 1998, page 112.
- (14) Voir « *Assurance et arbitrage : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale* » de B.BEIGNIER, Revue de l'Arbitrage 2008, pages 227 et suivantes, voir page 235 notamment.
- (15) Selon la définition de J.FRANCOIS « *Les opérations juridiques triangulaires attributives* », Thèse Paris II 1994.
- (16) Opus cité page 238.
- (17) Civ. 1^{ère} du 27 mars 2007, n°04-20842 ; Dalloz 2007, page 2077, note S. BOLLEE ; JCP G 2007, II, 10118, note C.GOLHEN ; RTDC 2008, page 541, note P.THERY.
- (18) Civ. 1^{ère} du 9 janvier 2008, n°07-12349 ; Revue de l'Arbitrage 2008, page 160.
- (19) Bull. Ass. Plen. 1991 n°5 ; Dalloz 1991, page 549, note J.GHESTIN ; JCP G 1991, II, 21743, note G.VINEY.
- (20) Civ. 1^{ère} du 21 janvier 2003, RTDC 2003, page 298, note J. MESTRE et B. FAGES.
- (21) Civ. 1^{ère} du 6 février 2001, n°98-20776 ; JCP E 2001 page 1238, note D.MAINGUY.
- (22) Voir S.BOLLEE opus cité - Revue de l'Arbitrage page 922.
- (23) Voir la note critique de P.THERY sous l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 27 mars 2007, opus cité, page 542.
- (24) Com. du 6 mars 2001, JCP G 2001, II, 10564 note F.LABARTHE.
- (25) Voir en ce sens J. EL AHDAB, Revue de l'arbitrage 2007, page 785 et suivantes, spécialement page 792.
- (26) Com. du 25 novembre 2008, n°07-21888, JCP G 2009 G, II, 10023, note D.MAINGUY ; JCP G 2009, 1781, note C.SERAGLINI.
- (27) Voir D.MAINGUY opus cité sous l'arrêt de Com. du 25 novembre 2008.

LE COURTIER D'ASSURANCE A-T-IL DROIT A LA SECURITE JURIDIQUE ?

Pierre DRANCEY
Docteur en Droit

L'intermédiation en assurance a engendré une telle logorrhée réglementaire que la doctrine hautement spécialisée peine à dégager les principes fondamentaux régissant, entre autres, une classique cession de portefeuilles de courtage.

1 - En droit des assurances, on raisonne en civiliste, ce que confirme l'application reconnue en droit commercial de l'article 1690 du Code Civil.

La logique veut donc que soient respectées les formalités imposées par ce texte exigeant la signification préalable à la Compagnie d'assurance, tiers débiteur des commissions dues au courtier tenant, de la cession de ses contrats d'assurance au courtier cessionnaire.

Dans son arrêt du 5 février 2009 -n° 08-10.230, la 1ère Chambre Civile de la Cour de Cassation énonce :

<< La cession de portefeuille s'analyse en une cession de contrats, c'est-à-dire une cession de créances et non une cession de clientèle, de sorte qu'un tel acte est soumis aux formalités de l'article 1690 du Code Civil qui exigent la signification du transport faite au débiteur. >>

Voilà qui cadre mal avec une autre décision de la même formation du 16 janvier 2007 cassant un arrêt de la Cour de Pau du 30 avril 2003, qui n'avait pas reconnu au courtier acquéreur la propriété de sa clientèle confondue avec celle d'un portefeuille de contrats dont la cession entraînant celle des créances de commissions y afférentes.

Il suffit de songer à toutes les obligations légales impératives liant l'assureur à l'assuré, notamment obligé de payer les primes, pour s'étonner légitimement du refus de considérer comme consubstantielle aux contrats d'assurances, l'existence de la clientèle sans laquelle l'assureur choisi par accord du courtier et de l'assuré ne percevait aucune prime.

Tant que la police reste en vigueur, l'assureur ne peut se dégager du versement des commissions, qu'elles soient dues au courtier originaire ou à son successeur, le nouveau courtier tenant.

Comme le prescrit le 12ème Usage parisien du courtage (le texte du 11ème Usage lyonnais étant identique) :

<< En cas de cession par un courtier de son portefeuille, la Compagnie est tenue à l'égard du cessionnaire aux mêmes obligations qu'à l'égard du cédant. >>

En quoi le versement des commissions au nouveau courtier de l'assuré, suite à une cession de portefeuille à laquelle l'assureur reste étranger, peut-il faire grief à ce dernier qui continue de profiter de l'encaissement des primes par lui tarifées.

Si l'entreprise d'assurance ne voulait pas travailler avec le nouveau courtier, bien qu'il réponde par hypothèse à toutes les exigences réglementaires de son activité, rien n'empêche ladite Compagnie de résilier les polices d'assurances, ce à quoi l'autorise souverainement l'article L.113-12, al.2, du Code des Assurances, s'ajoutant aux possibilités aisées de résiliation pour le moindre sinistre ou en cas de non-paiement des primes.

Il paraît ressortir de la rédaction de l'arrêt du 5 février 2009 que les contrats d'assurance n'ont pas été dénoncés (s'ils l'ont jamais été) ni par l'assureur, ni par le cessionnaire avant la liquidation judiciaire du 29 septembre 2003, le courtier réclamant ses commissions portant sur la période du 1er juin 2001 au 10 novembre 2003, pour un montant de près d'un million d'euros.

Ce n'est pas non plus la procédure de liquidation du courtier cédant qui fut la cause du litige, la Compagnie connaissant l'identité du cessionnaire par la correspondance du 14 juin 2001 au 26 septembre 2002.

La raison du refus du commissionnement approuvée par la 1ère Chambre Civile est le non-respect du formalisme exigé par l'article 1690 du Code Civil.

L'assureur qui a pu ainsi refuser au cessionnaire deux ans et demi de commissions, aurait dû les lui payer si le contrat de cession du portefeuille s'était intitulé "Vente de fonds de commerce", et mieux encore, "Cession de clientèle".

Le dirigeant d'une grande Compagnie se plaisait à dire, avec un humour prémonitoire, qu'il pratiquerait le plus agréable des métiers s'il n'y avait pas d'assurés! ...

Ses vœux nous semblent exaucés puisqu'il suffit, pour libérer l'assureur du souci de verser les commissions au véritable courtier tenant, que ne lui soit pas signifié qu'il y a cession d'une clientèle d'assurés dont (selon un arrêt de principe de la 1ère Ch. Civile du 10 novembre 1964) le courtier cessionnaire << doit être le guide sûr et le conseil expérimenté >>.

Ce n'est évidemment pas la très lourde perte d'un million d'euros de recettes la rémunération caractérisant l'activité d'intermédiation selon l'article R.511-2 du Code des Assurances -qui va permettre au courtier de consacrer tout le temps nécessaire à la gestion complète de contrats d'assurance, régis par un droit très complexe, dont l'inadéquation peut avoir des conséquences financières et sociales catastrophiques.

N'est-il pas paradoxal de considérer -alors que le droit de la consommation s'intègre au droit des assurances pour renforcer la protection des assurés qu'une universalité de contrats cédés n'est que le vaisseau fantôme de clients disparus ?

Les observations critiques des commentateurs de cet arrêt du 5 février 2009 n'ont pas à être reprises dans cette analyse axée sur les inquiétantes conséquences qui en résulteront pour les courtiers d'assurance acquéreurs de cabinets de courtage.

Toutefois, la motivation de pur droit prêtée à la Cour de Cassation, selon lequel il n'y a aucun contrat entre l'assureur et le courtier pouvant faire l'objet d'une cession susceptible d'engendrer une créance de commission est trop péremptoire pour être convaincante.

De plus en plus d'assureurs passent avec des courtiers des conventions qui vont du simple mandat d'encaissement des cotisations à celui d'une gestion complète comportant le règlement de sinistres.

En l'absence de tels accords, trop souvent tacites, quel peut être le fondement non contractuel des multiples obligations du courtier intervenant dont le rôle ne se borne pas, tel un simple indicateur, à mettre en relation l'assuré et l'assureur, selon l'article R.511-3.III du Code des Assurances.

Un accord tacite d'intermédiation existe fatalement entre le courtier commerçant et l'entreprise d'assurance, concrétisé par la traditionnelle attribution d'un "code courtage" destiné à identifier le courtier au sein de la Compagnie.

C'est l'existence d'obligations réciproques entre tel courtier et l'assureur qui peut motiver pour celui-ci le droit souverain de refuser "de contracter" avec cet intermédiaire qu'il devra rémunérer pour l'apport et la mise en oeuvre des polices d'assurance.

L'accord de distribution passé entre le courtier et l'assureur postule un lien contractuel, donc une convention régie par l'article 1134 du Code Civil édictant son exécution de bonne foi.

Celle dont la détermination nous préoccupe repose sur un code de déontologie de source syndicale et des usages judiciairement reconnus.

Nos instances professionnelles ne peuvent donc laisser persister l'incertitude sur la nature juridique d'une telle convention, rien n'étant pire en droit que le doute démontré par l'embarras des juges évoquant tantôt un "contrat professionnel", tantôt un "contrat de commission" ou de "louage d'ouvrage", tantôt un "mandat tacite" s'ajoutant à celui conféré par l'assuré.

Parce qu'elle approuve un arrêt de la Cour de Paris, cette décision de notre Haute Juridiction publiée au bulletin est d'une redoutable portée : elle crée un précédent gravement préjudiciable à la sécurité juridique du courtier dont l'activité au service des assurés exige une stabilité minimale de sa trésorerie professionnelle.

L'inquiétude que provoque cet arrêt s'ajoute à celles suscitées par l'attitude de certains assureurs essayant de substituer au classique commissionnement, des honoraires réglés par le client, ou décidant qu'ils n'ont plus à verser de commission lorsque le tarif des primes est fixé par le BCT.

Face à cette situation s'avère la nécessité de compléter les usages conventionnels par des éléments essentiels indiscutables destinés à préciser le régime juridique de la convention tacite "courtier-assureur" d'où résultera la nature juridique qui s'imposera aux juges, ce qu'autorise la large acception du contrat tel qu'il est défini par l'article 1101 du Code Civil.

Quant aux actes de cession de portefeuilles, nous ne pouvons en l'état, que conseiller la référence à l'article 1240 du même code comme le suggère le professeur GROUTEL dans son commentaire de notre arrêt (RCA, mai 2009, p. 30).

Mais qui, à CEFAREA, pourrait ne pas songer qu'un Tribunal arbitral, statuant en amiable compositeur, aurait apporté une solution différente de celle que la rigueur de l'article 1690 a imposée à la première Chambre Civile.

La Directive Solvabilité 2

Un nouvel univers pour l'assurance européenne.

Eric Evian
Juriste d'entreprise

« Bisogno cambiare tutto per non cambiare nulla »¹ cette réplique du célèbre roman de Lampedusa, le Guépard, aurait pu servir de « credo » aux régulateurs européens tant il est vrai que la Directive Solvabilité 2 vient bouleverser le monde de l'assurance européenne à un moment où la stabilité du système financier mondial que l'on pensait sous contrôle a montré ses failles et ses limites.

Derrière le titre réducteur de ce texte, se cache en réalité une réforme d'envergure bien plus ambitieuse que la simple révision des critères de solvabilité des entreprises d'assurance et de réassurance. C'est un nouveau régime réglementaire que la nouvelle directive vient établir, d'une part en codifiant, à droit constant, un certain nombre de directives existantes² et d'autre part en établissant de nouvelles normes financières et prudentielles.

Pour en saisir la portée, sans doute faut-il rapidement replacer l'avènement de ce texte dans son contexte international et historique, puis en décrire les traits essentiels pour enfin essayer d'en dégager les enjeux qu'il représente pour les compagnies d'assurance.

1) Les facteurs d'évolution du cadre actuel

La dernière évolution³ des règles de solvabilité des compagnies d'assurance communautaire avait été apportée en 2002⁴ date à laquelle deux directives avaient révisé *a minima* les exigences de solvabilité établies en 1973 pour les sociétés d'assurance non vie et en 1979 pour les sociétés d'assurance vie. Toutefois, dès l'adoption de ces nouveaux textes, la Commission avait annoncé le lancement d'un groupe de travail visant à « épouser » les objectifs du projet de supervision prudentielle des banques telle qu'entreprise par le Comité de Bâle et ayant depuis abouti aux conclusions de « Bâle II » pour se concrétiser dans les Directives dites CRD⁵.

En effet, les critères de solvabilité des compagnies d'assurance s'ils avaient permis une harmonisation des règles de calcul des marges de solvabilité réglementaires n'était pas parvenus à régir avec suffisamment de précision les aspects qualitatifs d'appréciation des risques correspondant auxdites marges. Ces normes souffraient également d'une application hétérogène par les différents Etats Membres.

Cette révision était également rendue nécessaire par l'apparition programmée en Europe de nouveaux standards comptables dits « IFRS »⁶ visant à améliorer l'information financière et en particulier à appliquer la notion de valorisation à la juste valeur des actifs et passifs⁷ ce qui, par ricochet, supposait une adaptation des normes prudentielles⁸ de publication des comptes des sociétés d'assurance.

Suivant la méthode retenue pour l'adoption des normes de Bâle II⁹, la Commission guidée par de nombreux acteurs et en particulier le CEIOPS¹⁰ a débuté les travaux d'élaboration de cette Directive, lesquels ont finalement abouti grâce à :

- un vote favorable du Parlement Européen le 22 avril 2009,
- l'adoption le 5 mai 2009 du texte par le Conseil Ecofin (réunissant les 27 ministres des Finances de l'Union européenne), et enfin
- l'adoption officielle de la directive par le Conseil le 10 Novembre 2009.¹¹

Conformément à la démarche dite « Lamfalussy » le texte adopté, bien que long de 312 articles, se contente de fixer les grands principes directeurs de la future réglementation. Ces derniers vont trouver leurs traductions concrètes dans les mesures d'exécution, dites de niveau 2, pour lesquelles le CEIOPS s'est vu confier la maîtrise d'œuvre. Cette phase vient de commencer et permettra de préciser les notions que le texte organise autour de trois groupes de mesures ou trois « piliers ».

2) Le contenu de la directive.

Le système actuel de solvabilité des compagnies d'assurance se fonde sur le volume d'affaires souscrites ou de la sinistralité (assurance non-vie) et des engagements vis-à-vis des assurés (assurance vie).

Dans une nouvelle approche, la pierre angulaire de la réforme est de faire évoluer ce modèle vers un système d'appréhension globale des risques des entreprises d'assurance, tels que les risques de marché, les risques de crédit ou encore les risques opérationnels et une gestion de leur actif sur une base de valeur de marché.

Le premier groupe de mesures ou Pilier I est relatif aux exigences quantitatives, le Pilier II se concentre sur les aspects dits qualitatifs, les procédures ou les contrôles nécessaires à la correcte appréhension des risques, enfin le Pilier III concerne la communication des informations relatives à la solvabilité de l'entreprise d'assurance.

a) Pilier I : les mesures quantitatives

Ce premier groupe de mesure a pour objet de réformer la détermination des règles de solvabilité. Pour simplifier il instaure deux niveaux de solvabilité : le SCR et le MCR.

Un premier niveau minimum dit « MCR » pour Minimum Capital Requirement qui représente un niveau de capital en dessous duquel une compagnie ne saurait

descendre, et qui déclenche le seuil d'intervention des autorités de contrôle pour prendre des mesures d'administration provisoire ou retirer l'agrément de la société.

Le MCR correspond en fait aux provisions techniques du régime actuel. Mais l'innovation réside dans le mode de détermination de ces dernières.

A ce jour les provisions techniques correspondent peu ou prou au volume d'affaires souscrites auquel se rajoute une marge pour risque ; dans Solvabilité II, les provisions techniques représentent un « best estimate »¹² ou encore une valeur de marché desdites provisions, c'est à dire le prix qu'un acheteur serait prêt à payer pour assumer les risques correspondants. Cette valeur se voit compléter par une marge dite de risque et le tout forme le MCR.

Le second niveau de capital est représenté par le Solvency Capital Requirement ou SCR. Il constitue le niveau de provisions complémentaire que tout opérateur doit constituer pour faire face à des risques de nature non « assurantiels » ou à une sinistralité exceptionnelle.

Ce second niveau obligatoire peut être déterminé par l'application de modes de calculs de la directive au moyen d'un modèle dit « standard ». Le texte propose cependant à chaque opérateur la faculté de développer son propre modèle dit « interne » et de déterminer son propre SCR par référence à ce seul modèle, sous réserve que ce dernier soit homologué par son autorité de contrôle. Il s'agit d'une innovation majeure qui était réclamée par les grands assureurs et qui va très certainement modifier en profondeur les missions des autorités de contrôle.

b) Pilier II : les mesures qualitatives et le contrôle

Outre l'organisation du contrôle prudentiel, ces mesures sont essentiellement relatives aux règles de contrôles internes de gestion des risques et aux principes de gouvernance.

Le considérant 23 bis de la directive nous éclaire sur le sens à donner au mot « gouvernance », il s'agit d'une capacité interne à accomplir des tâches concrètes que sont notamment, le contrôle interne, l'audit interne et la fonction actuarielle.

La directive insiste sur la nécessité pour chaque opérateur de disposer d'un « système de contrôle interne efficace »¹³ lequel comprend au minimum des procédures écrites, un cadre de contrôle interne et une fonction de conformité.

La directive prévoit également l'obligation de disposer d'un audit interne exercé de manière indépendante des fonctions opérationnelles rendant compte de ses recommandations directement à l'organe de gestion qui est chargé de déterminer les actions correspondantes et de veiller à ce qu'elles soient menées à bien¹⁴.

Enfin la fonction actuarielle se voit reconnaître une importance particulière et assigner certaines tâches précises, pour lesquelles le texte exige que les titulaires disposent de compétences et d'expérience adaptées aux risques de l'entreprise.

Au titre de l'appréhension des risques, le nouveau texte impose à chaque opérateur de se livrer en permanence à une évaluation interne des risques et de la solvabilité (ORSA selon l'acronyme anglais)¹⁵. Les conclusions de cette évaluation sont communiquées aux autorités de contrôle.

En dernier lieu, le texte prévoit qu'en cas de défaillance au titre de l'une quelconque des obligations du pilier I ou II (en ce compris les obligations de contrôle interne et de conformité)¹⁶, les autorités de contrôle peuvent exiger de l'entreprise d'assurance la production de fonds propres supplémentaires destinés à combler les risques ainsi mis à jour.

Dernier point à noter : la notion de contrôleur de groupe a finalement été consacrée par la directive, obligeant les groupes d'assurance communautaire à publier des informations relatives à leur solvabilité au niveau du groupe et prévoit des règles de désignation d'un contrôleur unique « responsable de la coordination et de l'exercice du contrôle du groupe »¹⁷.

c) Pilier III: la communication

L'objectif est ici de s'assurer que les entreprises d'assurance dispensent une information fiable complète et transparente vis-à-vis du public des agences de notations, et des autorités de contrôle. La majeure partie de ces informations publiques sera contenue dans un « rapport sur la solvabilité et la situation financière » publié chaque année et qui fournira un niveau de détail et d'exhaustivité bien supérieur à ce que les entreprises fournissent à ce jour.

Il ressort de ce nouveau régime une réforme de fond qui dépasse de loin les seuls aspects financiers pour embrasser globalement le mode fonctionnement et de décision des entreprises d'assurance. Ce nouveau texte les place devant de nouveaux enjeux dont les contours ne sont pas tous définis avec précision à ce jour.

3) Les prochaines étapes et les enjeux de Solvabilité 2.

Ainsi que nous l'avons vu, l'adoption de la directive ne constitue qu'une étape de la réforme, puisqu'en application de la méthode Lamfalussy, elle pose les principes généraux devant nécessairement être complétés par des mesures techniques d'application qui sont actuellement élaborés par le CEIOPS.

Le CEIOPS qui a vu le jour en 2003 est chargé de conseiller la Commission, à sa demande ou de sa propre initiative dans le cadre des mesures techniques d'adaptation, assurer d'une application uniforme et cohérente de des directives assurances par les Etats Membres, servir de forum de discussion et d'échange entre

les régulateurs européens, et se charger de la convergence de régulation entre les acteurs du monde de l'assurance et ceux des fonds de pensions.

Ces mesures prennent la forme d'une part d'exercices de calibrage, (QIS, pour Quantitative Impact Studies)¹⁸ permettant aux acteurs du marché de procéder à des simulations et à des déterminations de modèles et d'autre part de processus de consultations de l'industrie donnant lieu après recueils à l'émission d'avis du CEIOPS.

C'est ainsi qu'à ce jour le CEIOPS a publié à ce jour 79 avis au moyen de « consultations papers » sur différents aspects de la directives de la calibration des modèles internes à la mise en place de systèmes de gouvernance.

Parmi les sujets les plus importants, la calibration précise des exigences de capital se trouve au milieu des débats. La crise des subprimes et la crise économique qui l'a suivie constitue évidemment un facteur nouveau¹⁹, ce qui a amené le CEIOPS à récemment revoir avec plus de rigueur les critères de capitalisation dans une première série d'avis²⁰. Ce renforcement n'a d'ailleurs pas manqué de faire réagir

1 « Il nous faut tout changer pour que rien ne change » in Le Guépard

2 Par exemple la Directive 2005/68/CE du Parlement Européen et du Conseil du 16 novembre 2005 dite Directive « Réassurance ».

3 Paquet dit « Solvabilité 1 ».

4 Directive 2002/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 mars 2002 modifiant la directive 79/267/CEE du Conseil en ce qui concerne l'exigence de marge de solvabilité des entreprises d'assurance vie et Directive 2002/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 mars 2002 modifiant la directive 73/239/CEE du Conseil en ce qui concerne l'exigence de marge de solvabilité des entreprises d'assurance non vie.

5 Capital Requirements Directive ou CRD : Directive 2006/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit et Directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice.

6 *International Financial Reporting Standards* (IFRS) sont les normes comptables édictées par Bureau des standards comptables internationaux, plus connu sous son nom anglais de International Accounting Standards Board (IASB)

7 Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 19 juillet 2002 du Parlement européen et du Conseil, sur l'application des normes comptables internationales.

8 En application du Règlement 1606/2002 les entreprises de l'Union Européenne sont tenues de publier leurs comptes selon les normes IFRS depuis le 1^{er} janvier 2007.

9 Méthode dite « Lamfalussy » consistant en quatre étapes distinctes,

Premier niveau, l'élaboration de la législation : les institutions européennes adoptent un texte législatif selon le principe de codécision. Ce texte livre les principes directeurs de la future réglementation et donne des axes de mise en œuvre.

Second niveau, l'élaboration des mesures d'exécution : un comité spécialisé conçoit, en collaboration avec les autorités de régulation des états membres, les détails techniques liés à la mise en œuvre de la réglementation. Ceux-ci sont porté au vote des états membres, au travers de représentants du secteur de la finance concerné par la réglementation.

Troisième niveau, la coopération des régulateurs : les autorités de régulation nationales coordonnent leurs travaux de déclinaison des textes européens dans leur droit, afin que les réglementations des états membres divergent le moins possible.

Quatrième niveau, le contrôle du respect du droit : la commission européenne vérifie la conformité des réglementations nationales et prend les mesures nécessaires à l'encontre des états suspectés de contourner le règlement européen.

10 Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors

11 DIRECTIVE 2009/138/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) en cours de publication au JOCE. Pour une version en français sur le site de la Commission : <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/09/st03/st03643-re06.fr09.pdf>.

12 Le « best estimate » se définit comme la valeur actualisée des cash flows.

13 Article 45 de la directive

14 Article 46 de la directive

18 ORSA : Own Risk and Solvency Assessment, article 44 de la directive.

18 Article 37 de la directive.

18 Article 251 de la directive.

18 Le premier QIS s'est déroulé durant l'automne et l'hiver 2005 et le QIS n°4 est prévu pour se dérouler durant l'hiver 2010. Les résultats des différents QIS sont disponibles sur le site internet du CEIOPS : <http://www.ceiops.org>

19 Voir le rapport du CEIOPS CEIOPS-SEC-107/08 du 19 mars 2009 sur les « leçons de la crise » disponible sur le site du CEIOPS : <http://www.ceiops.eu/media/files/publications/reports/CEIOPS-SEC-107-08-Lessons-learned-from-the-crisis-SII-and-beyond.pdf>

20 Voir l'avis du CEIOPS à la Commission européenne sur la majorité des mesures de niveau 2 de Solvabilité II du 10 novembre 2009 à l'adresse <http://www.ceiops.eu/media/files/publications/submissionstotheec/CEIOPS-Cover-Letter-on-final-advice-to-EC-SII-1st-and-2nd-wave.pdf>

l'industrie dans un mouvement quasi unanime²¹. Les avis définitifs du CEIOPS doivent être fournies à la Commission afin que cette dernière, qui n'est pas liée par ces avis, propose des mesures de niveaux 2 lesquelles devront faire l'objet d'une adoption en 2011 pour une entrée en vigueur de la directive en 2012.

Deux ans nous séparent de l'entrée en vigueur d'un nouveau régime dont nous connaissons grâce à la directive les principes généraux et la philosophie, reste à en fixer les mesures concrètes d'application dont les conséquences peuvent s'avérer tout aussi engageantes et importantes que la directive elle-même ce qui doit inciter la profession à apporter une attention toute particulière aux discussions actuelles.

Comme le dit l'adage, le diable ne réside t-il pas dans les détails ?

²¹ Voir à cet égard le site récemment lancé par la Réunion des Organismes d'assurance mutuelles (ROAM) : <http://www.stopsolvabilite2.com/>

Faux Amis Contemporains

Martin JUDSON

Reinsurance Consultant

On entend souvent le refrain que la langue française doit être protégée et qu'elle est en voie de disparition. On entend qu'elle est envahie par l'anglais. Il est vrai que de nos jours le français comporte de plus en plus de mots et d'expressions en provenance du monde anglophone. Mais l'influence réciproque entre le français et l'anglais ne date pas d'hier.

On a tendance à oublier l'influence énorme du français sur l'anglais. Les 300 ans suivant l'invasion normande en 1066, (lors des dynasties des Normands, Angevins et Plantagenets – en tout 12 rois!) ont établi le français comme langue de gouvernance de l'Angleterre et tous les Rois d'Angleterre ne parlaient que le français. (Cela, d'ailleurs, n'était pas forcément du goût des paysans saxons de l'époque...). L'anglais en a été transformé. Pour prendre un exemple simple : la table. En anglais, les mots qui signifient la bête proviennent du saxon, alors que ceux qui désignent la viande proviennent du français : *ox/cow – beef*, *pig/swine – pork*, *calf – veal*, *deer – venison*, *sheep – mutton*. Ceci reflète parfaitement la différence d'usage de la langue entre les paysans et la noblesse, car le paysan anglais labourait tandis que la noblesse française régnait et festoyait !

Il est estimé que pendant ces trois cents ans, plus de 15,000 mots courants d'origine française sont entrés dans la langue anglaise, dans tous les domaines. D'abord dans le champ lexical de la guerre, l'occupation et l'ordre social (*army*, *archer*, *soldier*, *lieutenant*, *captain*, *colonel*, *battle*, *peasant*, *nobility*, *vassal*, *court*, *marquis*, *baron*, *duke*, *crown*, *throne*); puis, celui du droit (*felony*, *arrest*, *justice*, *judge*, *jury*, *accuse*, *condemn*, *prison*, *magistrate*, *traitor*, *tort*) ; mais aussi la religion (*priest*, *sacrament*), la mode (*boot*, *button*, *robe*), la moralité (*honour*, *courtesy*, *chivalry*), le gouvernement (*parliament*, *legislation*), la vie quotidienne (*dance*, *music*, *story*, *marriage*, *people*) la chasse (*falconry*, *leash*), la médecine (*doctor*, *hospital*, *poison*) et le commerce (*market*, *merchant*, *money*, *price*, *contract*, *guarantee*, *arbitration*).

Parfois, même l'ordre des mots a conservé l'ordre original français : lorsqu'on parle du « *Secretary General of the United Nations* », les mots « *secretary general* » viennent directement de la Normandie (tout comme « *Attorney General* »).

En réalité, l'anglais s'est enrichi en s'adaptant aux circonstances d'une occupation étrangère d'une longue durée. Le français en fera de même. Déjà, on peut constater des signes d'adaptation dans un mot comme « *surbooké* », où le mot anglais de base *to book* a reçu le suffixe et préfixe français. Et que dire de « *pipolisation* », qui vient de « *people* », qui vient de « *peuple* » ? C'est un retour aux sources.

L'adaptabilité du français se remarque également dans la pléthore de mots anglais présents dans le langage contemporain et dont le sens a dérivé au point où ils seraient incompréhensibles pour Monsieur l'Anglais Moyen. Ce sont ce que j'appelle les faux amis contemporains, dont il faut faire très attention.

Je vous offre deux listes à titre d'exemple ; les mots dans la première seraient probablement compris par un anglais, mais avec un sourire amusé, tandis que la seconde serait accueillie avec incompréhension totale :

Sourire amusé

<i>Français</i>	<i>Anglais</i>
Le shampoing	shampoo
Le living	living room
Le smoking	smoking jacket
Les rollers	roller blades, in-line rollers
Le parking	car park
Le listing	list
Le karting	go-kart racing
Le foot	football

Incompréhension

Les chips	crisps
Le pressing	drycleaners
Le brushing	blow dry
Le footing	jog
Le relooking	makeover
Les baskets	trainers
Le catch	wrestling
Le lifting	face lift
Le standing	high quality
Les people	stars, personalities
Le meeting	rally/conference
Le feeling	intuition
Clean	upfront, honest
Speed	fast
Le remake	repeat

Tous ces mots (et bien d'autres) ont été adoptés et adaptés par le français, ce qui démontre que la langue souffre peut-être mais elle est loin d'être morte. Au contraire, elle est en pleine évolution. Et ce n'est pas nécessairement une mauvaise chose.