

→ ÉCLAIRAGE

La gestion du risque opérationnel de sous-traitance : une nouvelle obligation imposée aux entreprises d'assurance par la directive Solvabilité II

La complexité de la directive Solvabilité II n'est plus à démontrer. La présente contribution, résolument pratique, choisit un angle d'analyse original : l'étude d'un seul des nombreux sujets traités dans la directive, en l'occurrence le risque de sous-traitance des entreprises d'assurance, par deux spécialistes de la matière : un juriste spécialisé en droit de l'intermédiation en assurance et l'associé d'un cabinet d'actuariat.

- ▶ **Pierre BICHOT**
Docteur en droit
Associé Cabinet Bichot Avocats
- ▶ **Romain DURAND**
Associé Cabinet Actuaris

L'analyse de la directive Solvabilité II est délicate en raison de sa densité (plus de 150 pages en police 8, directive composée de 142 considérants, 312 articles et 7 annexes !) et de la diversité des sujets traités (conséquence de la compilation de 14 directives européennes). Mais la principale difficulté réside en réalité dans la rédaction même de la directive dont, outre des principes (très) généraux clairement exposés, les dispositifs opérationnels restent souvent confus, trop généraux ou sujets à interprétation.

Ces raisons peuvent en partie justifier que les articles juridiques consacrés à cette nouvelle directive se bornent à exposer son origine, sa date de mise en œuvre sans cesse retardée (finalement fixée au 1^{er} janvier 2013), et rappeler son désormais traditionnel trépied constitutif (Pilier 1 : Quantification des risques – exigences quantitatives de marge de solvabi-

lité ; Pilier II : Gestion des Risques – activité de contrôle interne et externe ; Pilier III : Communication sur les risques – informations pour le superviseur et pour le marché).

Deux principales raisons justifient ce constat. D'une part, l'analyse de la directive Solvabilité II nécessite une double compétence juridique et technique. Or, les dispositions techniques de la directive échappent souvent au juriste, parfois lors de l'analyse, souvent lors de la lecture. Cette analyse semble générer la ▶

SOMMAIRE

Éclairage	1
La gestion du risque opérationnel de sous-traitance : une nouvelle obligation imposée aux entreprises d'assurance par la directive Solvabilité II	
ACTUALISATION DE L'OUVRAGE	
▶ Portée de l'interruption sur d'autres contrats d'assurances	7
▶ Assurance invalidité : le capital versé constitue un bien propre par nature	8
SOMMAIRE RÉCAPITULATIF	12

N° 179

janvier

2011

ISSN 1257-1814

Ce bulletin actualise
votre ouvrage entre
deux éditions

Pour vous abonner
à l'ouvrage
et à son actualisation,
contactez-nous au

► N° Indigo 0 825 08 08 00

0.15 € TTC / MN

www.wkf.fr



Lamy

une marque Wolters Kluwer

même réaction de perplexité chez le professionnel, mais peut-être pour des raisons différentes. La priorité donnée aux chiffres, à l'élaboration des modèles internes a un peu relégué au deuxième plan les textes et leur interprétation. Longtemps vue comme un texte à vocation avant tout « *technique* » la directive a donné lieu à des travaux quasi exclusivement centrés sur l'aspect quantitatif dans certaines compagnies. Ce n'est que plus récemment que la nature très « *qualitative* » de la directive, exprimée au travers de nombreux articles est apparue aux professionnels de l'assurance. C'est ce genre de « *surprise* » qui appelle une lecture détaillée de la directive. D'autre part, l'analyse de la directive dans sa globalité semble d'un intérêt limité au regard de son volume et de sa complexité. Dès lors, une double analyse juridique et technique de la directive Solvabilité II, effectuée par thème traité ou par article, semble plus appropriée.

Les auteurs ont choisi d'analyser le dispositif de la directive relatif à la sous-traitance des entreprises d'assurance, contenu à l'article 49, c'est-à-dire le mode de gestion des risques opérationnels imposé par la nouvelle réglementation (l'article 38 traite aussi de la sous-traitance, mais plutôt en matière d'accès aux données pour les autorités). Cet article fait par ailleurs l'objet d'un commentaire dans le document : CEIOPS' *Advice for L2 Implementing Measures on SII : System of Governance (ex consultation paper 33)*. On rappellera à ce propos que les travaux concernant les textes de niveau 2 ont eu lieu en anglais et que les documents transmis à la Commission sur les différents sujets n'existent à ce jour, à notre connaissance, que dans cette langue.

L'article 49, 1 de la directive pose le principe général de responsabilité exclusive de l'entreprise d'assurance au titre des fonctions et activités d'assurance sous-traitées. L'intention du législateur est évidente : il faut éviter de manière pratique que les prescriptions de la directive ne soient contournées par le recours à des sous-traitants hors du champ de la directive. Ce principe n'appelle pas d'observations particulières dans la mesure où le droit positif reconnaît traditionnellement cette responsabilité s'agissant d'activités incombant par essence à l'entreprise d'assurance. Les clauses d'aménagement de responsabilité dans les mandats de distribution et/ou de gestion délivrés par une entreprise d'assurance à un sous-traitant (sur la qualité du sous-traitant, Infra 1) ne remettent pas en cause ce principe.

L'entreprise d'assurance reste en effet seule responsable au regard des autorités de contrôle de la non-exécution ou de l'exécution défectueuse des obligations qui lui incombent,

nonobstant les actions récursoires (et aléatoires) à l'encontre de l'éventuel débiteur (sous-traitant) fautif.

On notera que le *Committee of European Insurance and Occupational Pensions* (CEIOPS) prend la précaution de dire dans son « *advice* » que le recours à un consultant expert n'est pas une sous-traitance, sauf si ce dernier gère directement une fonction interne (par exemple un actuaire consultant qui assumerait la fonction actuarielle prévue par la directive, ou un avocat qui assumerait la fonction de « *conformité* »). Le CEIOPS recommande aussi que la politique de sous-traitance fasse l'objet d'un document écrit qui devra être approuvé par les instances dirigeantes de la société. La qualité juridique de cette pièce, son existence, sa possible utilisation par les tribunaux méritent sans doute quelque attention.

En pratique, le CEIOPS estime que l'assureur déléguant ne peut se prévaloir de l'existence d'un système de contrôle des risques chez le délégataire pour ne pas procéder à ses propres contrôles. Cette capacité à contrôler suppose elle-même, selon le CEIOPS, le maintien de savoir-faire suffisant chez l'assureur.

En revanche, le 2) de l'article 49 comporte des obligations nouvelles à la charge de l'entreprise d'assurance puisqu'elle interdit purement et simplement toute sous-traitance lorsqu'elle est susceptible de compromettre gravement (on remarquera que la version anglaise de la directive parle de « *materially impairing the quality* » qu'on aurait aussi pu traduire par « *significativement* ») la qualité du système de gouvernance de l'entreprise concernée, d'accroître indûment le risque opérationnel, de compromettre le contrôle par les superviseurs de l'exécution des obligations de l'entreprise d'assurance et de nuire à la prestation continue d'un niveau de service satisfaisant à l'égard des preneurs d'assurance.

À n'en pas douter, l'idée même d'activité « *importante ou critique* » n'est pas absolument évidente : le CEIOPS signale au titre des fonctions « *importantes ou critiques* » de l'entreprise, sans que la liste soit exhaustive, l'élaboration des polices, la tarification, le placement des fonds, la gestion de portefeuille et la gestion des sinistres. A l'inverse, la fourniture d'une opinion juridique sur un produit ou une opération n'est pas selon le CEIOPS une sous-traitance d'activité « *importante* ».

De même, l'article 49, 3 accentue les obligations de l'entreprise d'assurance, revenant ainsi sur une prérogative de feu la Direction des assurances, en imposant une nouvelle obligation d'information des autorités de contrôle en cas de sous-traitance d'activités et de fonctions « *importantes* ».

1. Définition des « sous-traitants » dont le contrôle par l'entreprise d'assurance est renforcé

1.1 Les intermédiaires en assurance

A priori, la compilation de directives à l'origine de Solvabilité II exclut les dispositions de la directive n° 2002/92/CE sur l'intermédiation en assurance (« *Retour sur une directive qui dérange : la directive Solvabilité II* », Ghuedre R. et Vannesson F, Bulletin d'actualités, Lamy Assurances, 2010, I). À bien y regarder toutefois, il est difficile de ne pas rattacher au moins partiellement, en matière de fonction et d'activité d'assurance déléguée, la notion de sous-traitant à celle d'intermédiaire en assurance. Plus encore, il semble illusoire de ne pas intégrer, à tout le moins implicitement, la directive intermédiation en assurance dans la directive Solvabilité II, la première complétant la seconde et inversement.

En matière de sous-traitance, la directive Intermédiation en assurance pose une principale obligation à la charge de l'entreprise d'assurance : celle de ne recourir, pour les activités d'intermédiation en assurance limitativement définies, qu'à un intermédiaire habilité au sens de la loi de transposition de la directive Intermédiation en assurance. L'intermédiation en assurance « *consiste à présenter, proposer ou aider à conclure des contrats d'assurance ou de réassurance ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion. N'est pas considérée comme de l'intermédiation en assurance ou en réassurance l'activité consistant exclusivement en la gestion, l'estimation et la liquidation des sinistres* » (C. assur., art. L. 511-1).

L'activité d'intermédiation en assurance entre donc bien dans le champ des activités visées par la directive Solvabilité II dans la mesure où certaines activités d'intermédiation sont susceptibles d'accroître indûment le risque opérationnel de l'assureur, de compromettre le contrôle par les superviseurs de l'exécution des obligations de l'entreprise d'assurance et/ou de nuire à la prestation continue d'un niveau de service satisfaisant à l'égard des preneurs d'assurance.

Le non-respect de cette obligation est déjà assorti de sanctions civiles et pénales à la charge de l'entreprise d'assurance, en application du Code des assurances. Le contrôle existant consiste pour l'entreprise d'assurance à avoir recours à un intermédiaire en assurance inscrit à l'Orias dans la catégorie correspondant à son activité, mais également à contrôler l'exercice du mandat délivré à l'intermédiaire. La question se pose ici de savoir si d'autres sanctions, issues cette fois de la directive Solvabilité II viendront renforcer le dispositif existant ou si l'article 49, 2 ne constituera qu'un rappel de la réglementation existante.

1.2 Les prestataires non soumis à la réglementation sur l'intermédiation en assurance

L'apport de la directive Solvabilité II concerne également, voire essentiellement, les entreprises d'assurance qui recourent à des intermédiaires exclus du champ d'application de la réglementation sur l'intermédiation en assurance. Il s'agit notamment des sous-traitants effectuant exclusivement la gestion, l'estimation et la liquidation des sinistres, qui ne sont pas considérés comme des intermédiaires en assurance (C. assur., art. R. 511-1), des intermédiaires non rémunérés qui échappent à la réglementation sur l'intermédiation en assurance, des intermédiaires exerçant sous l'empire du régime dérogatoire issu de l'article R. 511-2, I du Code des assurances et enfin des indicateurs d'assurance. En effet, l'activité de ces prestataires est susceptible d'accroître indûment le risque opérationnel et par là-même d'entrer dans le champ d'application de la directive étudiée.

Le recours par une entreprise d'assurance à ces prestataires non intermédiaires en assurance sera évidemment assorti d'une sanction spécifique nouvelle à la charge de l'entreprise d'assurance, outre les sanctions de droit commun, lorsqu'il entraînera l'une des conséquences prévues à l'article 49, 2. Cette sanction prendra la forme d'un capital supplémentaire ajouté au capital de solvabilité calculé. Ce

Il semble illusoire de ne pas intégrer la directive intermédiation en assurance dans la directive Solvabilité II, la première complétant la seconde et inversement.

capital supplémentaire devra, par ailleurs, faire l'objet d'une communication au public par l'entreprise sanctionnée, communication assortie des motivations de la sanction.

1.3 Les obligations formelles en matière de sous-traitance

Le CEIOPS infidèle à l'adage « *de minimis non curat pretor* » n'hésite pas à détailler les étapes de l'entrée en affaire avec le sous-traitant : audit des capacités du sous-traitant, vérifications des conflits d'intérêt entre sous-traitant et assureur, existence d'un document de sous-traitance écrit, revue des contrats par les organismes de direction de l'assureur, vérification par l'assureur de la légalité de l'accord et de la finalité de la sous-traitance et de la confidentialité des données clients. Tous ces éléments doivent être documentés sans que le format de la documentation soit précisé. Par contre le contrat liant l'assureur au sous-traitant fait l'objet d'un inventaire à la Prévert quant à son contenu : les droits et obliga- ►

tions, les conditions de collaboration avec le régulateur, la conformité aux lois en vigueur, les risques qui pèsent sur la sous-traitance, des délais de rupture suffisants pour permettre d'assurer la continuité de la prestation, l'accès aux informations pour l'assureur ou son commissaire au compte, la propriété intellectuelle de l'assureur des travaux effectués...

1.4 La délicate question de la sous-traitance dans les groupes

Il n'est pas rare à l'intérieur des groupes que certaines fonctions soient sous-traitées. L'audit par exemple des plus petites entités peut relever d'un service d'audit groupe ou d'audit central. C'est bien au sens de la directive une sous-traitance (dans ce cas d'une fonction) qui doit répondre selon le CEIOPS aux obligations de toute sous-traitance. Le CEIOPS réaffirme dans ce cas l'idée de responsabilité de l'entité délégante sur la sous-traitance, mais il accepte l'idée que les relations de groupe est à même de réduire le champ des obligations.

2. Identification des « activités sous-traitées » dont le contrôle par l'entreprise d'assurance est renforcé

Pour éviter d'énoncer toutes les activités concernées par la directive Solvabilité II (article 49, 2), il peut être considéré que toute activité déléguée par l'entreprise d'assurance, de l'élaboration des documents précontractuels au règlement des sinistres, est visée par le texte. Ces activités sont fréquemment, voire systématiquement déléguées par l'entreprise d'assurance dans le cadre de la distribution et la gestion soit de contrats d'assurance dits affinitaires (distribution par des réseaux bancaires, de grande distribution, de cartes bancaires, d'opérateurs en téléphonie mobile ou de concessionnaires automobiles), soit de contrats d'assurance intermédiés par des courtiers grossistes.

Toutefois, la directive Solvabilité II met l'accent sur des pratiques moins identifiées, portant sur des activités non susceptibles d'être sous-traitées.

À titre d'exemple, l'article 49, 2c interdit la sous-traitance d'activités susceptibles « de compromettre la capacité des autorités de contrôle de vérifier que l'entreprise concernée se conforme bien à ses obligations ». Cette disposition permet d'établir une distinction entre les activités susceptibles d'être sous-traitées par l'entreprise d'assurance de celles qui ne le peuvent pas, principalement la prise en charge du risque d'assurance. Cette vérité d'évidence, seule une entreprise d'assurance dûment agréée dans la branche considé-

rée est habilitée à effectuer cette activité sans la déléguer. Or, la pratique de la sous-traitance induit parfois une violation de cette règle, notamment lorsque la rémunération du sous-traitant, souvent intermédiaire en assurance, est fonction des résultats techniques du contrat d'assurance.

Deux cas peuvent être évoqués : une commission d'intermédiation fixe est accordée en début d'exercice à l'intermédiaire, charge pour lui de la restituer en fin d'exercice, en tout ou partie, en cas de résultats techniques déficitaires. Autre cas de figure, une participation bénéficiaire est accordée à l'intermédiaire au titre d'un exercice, charge pour lui de la restituer, en tout ou partie, en cas de résultats techniques déficitaires au cours des exercices suivants.

Dans le premier cas, la commission restituée semble devoir être requalifiée en fraction de prime pure, dans le second cas en provision technique. Dans les deux cas, l'intermédiaire en assurance semble exercer indirectement une activité illégale d'assurance au sens de l'article L. 310-27 du Code des assurances. L'entreprise d'assurance quant à elle, en transférant partiellement la prise en charge de son risque d'assurance sur un intermédiaire se rend complice (souvent actif) de l'exercice illégal d'assurance (au sens de l'article 121-7 du Code pénal).

Cette pratique constitue-t-elle une activité d'assurance sous-traitée ayant pour effet de « compromettre la capacité des autorités de contrôle de vérifier que l'entreprise d'assurance concernée se conforme bien à ses obligations » ? Il est permis de le croire.

Le sujet du manquement à l'obligation d'information et de conseil de l'entreprise d'assurance peut également ici constituer un autre exemple.

La superposition et la diversité de ces obligations dans la distribution d'assurance sont connues de tous les juristes (en fonction notamment de la nature du contrat), le contentieux est rendu d'autant plus complexe lorsque la distribution est effectuée par un intermédiaire, selon de surcroît le mode de distribution mis en œuvre. Dans ce cas, la juridiction saisie en cas de manquement doit identifier le débiteur de l'obligation défaillante : l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire.

L'article 49, 2d qui interdit la sous-traitance d'activité ou de fonctions susceptibles de « nuire à la prestation continue d'un niveau de service satisfaisant à l'égard des preneurs » pourrait encourager les juridictions à condamner plus systématiquement l'entreprise d'assurance à l'exclusion de l'intermédiaire, charge pour celle-ci d'agir en action récursoire contre l'intermédiaire. Une attention particulière devrait alors être prêtée à la rédaction des conventions de distribution.

3. Responsabilité renforcée des dirigeants et des risk-managers

La qualité du système de gouvernance des risques est la pierre angulaire du dispositif Solvabilité II dont la responsabilité repose sur les instances dirigeantes de l'entreprise. Cette responsabilité est mentionnée aussi dans l'article 49 : « *La sous-traitance d'activités ou de fonctions opérationnelles importantes ou critiques n'est pas effectuée d'une manière susceptible d'entraîner l'une des conséquences suivantes : (...)* »

a) *compromettre gravement la qualité du système de gouvernance de l'entreprise concernée* »

Pour expliciter ce paragraphe, le CEIOPS demande que l'assureur intègre les risques liés à la sous-traitance dans son propre système de contrôle des risques. L'assureur ne peut s'abriter derrière les contrôles du sous-traitant. Mais cette idée n'empêche pas le CEIOPS de réaffirmer que le sous-traitant doit posséder ses propres systèmes de suivi des risques sans qu'on saisisse tout à fait à quelle fin : ou l'entreprise et ses dirigeants sont responsables du suivi des risques liés à la sous-traitance d'une activité, et ils englobent les risques du sous-traitant dans leur propre système de règles et de contrôle, ou ils s'en remettent aux contrôles du sous-traitant. Qui sera responsable en cas de problème lié à l'abandon d'un contrôle en place chez le sous-traitant mais jugé inefficace par le délégant ?

Pour le CEIOPS, la limitation du risque opérationnel associé à la sous-traitance demande :

- une vérification de la surface financière du fournisseur ;
- une idée des critères de recrutement : permettent-ils d'assurer une qualité adéquate des personnels ?
- une revue des plans de continuité du sous-traitant,
- une vérification de la confidentialité des données concernant l'assureur et ses clients.

4. Information préalable des autorités de contrôle quant aux activités sous-traitées

L'article 49, 3 de la directive Solvabilité II dispose que « *Les entreprises d'assurance et de réassurance informent préalablement et en temps utile les autorités de contrôle de leur intention de sous-traiter des activités ou des fonctions importantes ou critiques, ainsi que de toute évolution importante ultérieure concernant ces fonctions ou ces activités* ». A l'aune des activités susceptibles d'être sous-traitées (*supra* 2), la présente disposition laisse le lecteur dans une situation d'insécurité juridique flagrante, d'autant que sur le sujet le CEIOPS n'a pas vraiment fourni d'éclaircis-

ments. Il dit dans son « *advice* » : « *This does not necessarily mean that the supervisor has to approve or authorise the outsourcing* », avec un sens avéré de l'*understatement* en anglais. Quant à l'expression « *temps utile* » qui correspond à l'anglais « *in a timely manner* » elle est évaluée par le CEIOPS à 6 semaines, temps suffisant à une discussion entre l'autorité et l'assujetti pour évaluer la conformité aux impératifs de la directive. Si la formulation précédente se comprend bien dans un contexte anglo-saxon, elle s'adapte plus difficilement à notre système de droit écrit.

Si le principe général est bien compris : la communication préalable auprès des autorités de contrôle de l'intention de sous-traiter la mise en œuvre demande :

- de répondre au périmètre exact des fonctions dont le caractère est « *important ou critique* » au delà des indications données dans l'*advice* ;
- de fixer les délais raisonnables pour cette communication.

Conclusion :

Nous avons choisi de n'évoquer qu'un seul article de la directive qui ne figure pas parmi les plus significatifs. Cet exercice limité montre bien l'importance du travail que va représenter pour les entreprises la revue complète de la directive et son adaptation aux réalités des sociétés. Il demande de plus une revue complète des *Advices* associés à la directive et qui représentent plus de 2 000 pages. Il est donc d'ores et déjà urgent de mener une réflexion sur les modes de gestion des risques pour préparer leur mise en conformité entre autres à l'article 49 de la directive et, le cas échéant, aux lois et règlements de transposition qui devront intervenir avant le 31 octobre 2012. Les délais seront donc très courts entre la transposition et l'entrée en vigueur de la directive le 1^{er} janvier 2013.

L'analyse du seul article 49 que nous avons faite dans ce document illustre l'ampleur des changements à opérer dans la conduite des sociétés d'assurance, et met en lumière les incertitudes juridiques liées à ces nouvelles pratiques. Longtemps vue comme un problème de chiffres et de calculs, la directive pose, au fur et à mesure qu'elle approche de sa mise en place, des problèmes de gouvernance et des problèmes de relation avec l'ordre juridique actuellement existant dans chacun des pays ou au niveau européen (cas de la directive intermédiation).

En effet, ces éléments seront susceptibles d'engager la responsabilité civile et pénale des entreprises d'assurance et de leurs dirigeants. ❖

Actualisation de l'ouvrage

↓ LE CONTRAT D'ASSURANCE

Caractères généraux de l'opération d'assurance

Devoir d'information de l'agence immobilière sur l'utilité de la souscription d'une assurance locative

A la suite d'un incendie provoqué par l'embrasement d'une friteuse laissée sans surveillance par M. Y (le preneur du bail), son colocataire et l'assureur de ce dernier, l'assignent en responsabilité. Le preneur du bail appelle en garantie l'agence immobilière par l'intermédiaire de laquelle le contrat a été souscrit. Les juges du fond accueillent sa demande. L'agence immobilière se pourvoit en cassation.

Elle soutient que la preuve de l'existence et de l'étendue du mandat donné à une agence immobilière pour procéder à la location d'un immeuble bâti ne peut être rapportée que par écrit ; qu'en se bornant à relever, pour estimer qu'elle avait manqué à l'obligation d'information qui pesait sur elle en sa qualité de mandataire du bailleur, que cette dernière avait apposé son cachet sous la rubrique « *mandataire* » et dans la case réservée aux signatures de sorte qu'elle figurait bien « *en tant que mandataire au contrat* », la cour d'appel aurait méconnu les dispositions des *articles 1^{er} et 6 de la loi du 2 janvier 1970*, dans leur rédaction applicable à la cause.

La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle approuve la cour d'appel qui, après avoir constaté que l'agence, qui se présentait comme mandataire du bailleur, avait commis une faute à l'égard du preneur du bail pour lui avoir donné une information erronée relative à l'inutilité de la souscription

d'une assurance locative, considère que cette dernière ne pouvait être admise à se prévaloir de la prétendue méconnaissance des dispositions des *articles 1^{er} et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970* pour se soustraire aux conséquences de cette faute délictuelle à l'égard d'un tiers au contrat de mandat. ✚

Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2010, n° 09-70.109, P+B+I

→ Lamy Assurances, n° 48

L'action en exécution du contrat d'assurance n'a pas le même objet que l'action en paiement de dommages-intérêts pour manquement de l'assureur à son devoir de conseil.

Un chauffeur de taxi a été condamné à indemniser un préjudice qu'il a causé lors d'un accident. Par un jugement du 6 février 2003, confirmé par un arrêt du 20 septembre 2004, la société qui lui a loué son véhicule est condamnée à payer aux lieu et place du chauffeur les sommes auxquelles il avait été condamné. Cette dernière assigne son assureur pour manquement de ce dernier à ses obligations contractuelles d'information. L'assureur lui oppose une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée d'un arrêt datant du 15 décembre 2000 qui avait débouté la société de sa demande en garantie contre son assureur.

Pour accueillir cette fin de non-recevoir, la cour d'appel retient que la précédente demande de la société tendant à la garantie par l'assureur des conséquences de l'accident, rejetée par un arrêt du 15 décembre 2000 en raison de la résiliation du contrat d'assurance, avait le même objet que celle qui tendait à faire condam-

ner cet assureur, pour manquement à son devoir de conseil, à des dommages-intérêts correspondant au montant des sommes mises à sa charge au titre de l'indemnisation de l'accident de la circulation.

La Cour de cassation censure les juges du fond et décide « *qu'en statuant ainsi, alors que l'action en exécution du contrat d'assurance n'avait pas le même objet que l'action en paiement de dommages-intérêts pour manquement de la société d'assurance à son devoir de conseil, la cour d'appel a violé (l'article 1351 du Code civil)* ». ✚

Cass. 2^e civ., 10 nov. 2010, n° 09-14.948, P+B

→ Lamy Assurances, n° 48

Contenu du contrat d'assurance

Non intégration d'une clause figurant dans un autre contrat d'assurance

Une société, commissionnaire de transport, est chargée du déplacement de palettes de vêtements de France au Royaume-Uni. Elle confie cette mission à un commissionnaire de transport intermédiaire, qui s'est substitué un transporteur, dans le camion duquel une partie de la marchandise a été volée. La société commettante et son assureur assignent le commissionnaire de transport intermédiaire, le transporteur et leur assureur commun. Ce dernier est condamné *in solidum* avec le commissionnaire de transport intermédiaire, à indemniser la société commettante et son assureur.

La cour d'appel dénie à l'assureur le droit d'opposer au commissionnaire de transport intermédiaire, l'inobservation des mesures de prévention impérative telles

que prévues à la clause syndicale « *garantie des risques de vol* » aux motifs que si cette clause figurait dans la police signée par le transporteur, elle n'avait pas en revanche été jointe à la police souscrite par le commissionnaire de transport intermédiaire.

L'assureur se pourvoit en cassation. Il soutient que les juges du fond peuvent, pour déterminer la teneur d'une police d'assurance, se référer au second contrat conclu par le même assureur avec une société dirigée par la même personne que la société signataire du premier contrat.

La Cour de cassation rejette cette argumentation. Elle considère que la cour d'appel a légalement justifié sa décision en relevant que la clause n'était pas annexée à la police liant l'assureur au commissionnaire de transport intermédiaire et que « *le seul fait que le dirigeant de (la société venant aux droits du transporteur) soit le même que celui (du commissionnaire de transport intermédiaire) ne permet pas de considérer qu'il ne pouvait ignorer l'existence de cette clause dans cette première société pour en faire application par extension à la seconde* ».

En revanche, l'arrêt est cassé au visa des articles 1150 du Code civil, 23 et 29 de la Convention de Genève du 19 mai 1956. La Cour régulatrice, rappelant que « *constitue une faute lourde la négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du transporteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée* », sanctionne la cour d'appel qui n'a pas adopté des motifs propres à caractériser l'existence d'une telle faute.

La Haute juridiction censure également les juges du fond qui ont condamné la société venant aux droits du transporteur à relever et garantir l'assureur de toutes les condamnations prononcées contre ce dernier, alors que celui-ci n'exigeait que la part des condamnations excédant le montant dû au regard de la clause vol. ❖

Cass. com., 16 nov. 2010, n° 09-17.435, D

► Lamy Assurances, n° 490

La prescription

Portée de l'interruption sur d'autres contrats d'assurances

La Cour de cassation, vient, par trois arrêts récents, de préciser l'incidence de la pluralité de polices d'assurances sur la prescription. Dans les trois espèces concernées, une société civile immobilière (SCI) avait souscrit une assurance dommages-ouvrage et une assurance « *constructeurs non réalisateurs* » (CNR) auprès du même assureur. Des désordres ayant été constatés après réception des travaux, des recours en garantie sont formés contre l'assureur.

L'effet interruptif de prescription de l'action engagée contre l'assureur dommages-ouvrage, interrompt-elle la prescription de l'action engagée, pour le même ouvrage, contre la même société en sa qualité d'assureur en police CNR ? Telle était la question posée à la Cour de cassation dans la première espèce. Dans cette affaire (*Cass. 3^e civ.*, 4 nov. 2010, n° 09-66.977, P+B), la cour d'appel déclare irrecevables les demandes de la SCI dirigées à l'encontre de l'assureur CNR. Cette dernière se pourvoit en cassation. Elle soutient que si les actions en garantie contre un même assureur procèdent du même sinistre, l'effet interruptif de prescription attachée à l'une s'étend à l'autre, peu important que ces actions soient fondées sur des polices différentes. De plus, si deux polices sont unies par un lien d'interdépendance, l'interruption de la prescription de l'action exercée à l'encontre de l'assureur, sur le fondement de l'une des polices, s'étend à l'autre.

Cette démonstration n'est pas retenue par la Haute juridiction qui rejette le pourvoi. Ayant constaté que l'assureur avait été expressément assigné en référé-expertise en qualité d'assureur dommages-ouvrage et que c'est en cette qualité qu'il avait suivi l'expertise, puis avait été assigné devant le juge du fond, et ayant relevé que la SCI

n'avait sollicité pour la première fois la garantie de l'assureur en police CNR, que par conclusions du 10 février 2005, la Haute juridiction considère que « *la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée relativement à un lien d'interdépendance unissant ces polices d'assurance, a retenu à bon droit que l'action engagée contre l'assureur dommages-ouvrage, n'avait pas interrompu la prescription de l'action engagée, pour le même ouvrage, contre la même société prise en sa qualité d'assureur en police CNR* ».

Dans la seconde espèce (*Cass. 3^e civ.*, 1^{er} déc. 2010, n° 09-16.633, D), la Cour de cassation devait déterminer la portée de l'effet interruptif de prescription d'une assignation visant exclusivement la police dommages-ouvrage. Dans cette affaire, le syndicat des copropriétaires avait assigné en réparation de ses préjudices la SCI, les locataires d'ouvrage intervenus sur le chantier et les assureurs de ces derniers. La cour d'appel rejeta la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action du syndicat, tiers victime, agissant contre l'assureur CNR, aux motifs que l'assignation en référé avait été délivrée sans autre précision et que dans ces conditions, l'assureur « *police CNR* » n'était pas fondé à limiter à la seule police « *dommages-ouvrage* » l'effet interruptif de prescription de cette assignation.

La Cour de cassation censure les juges du fond, au visa des articles 2244 et 2270 du Code civil dans leur rédaction alors applicable, ensemble l'article L. 124-3 du Code des assurances. Elle rappelle : « *qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si les prétentions émises par le syndicat dans cette assignation ne se référaient pas exclusivement à la police « dommages-ouvrage », la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef* ».

Dans la troisième espèce (*Cass. 3^e civ.*, 20 oct. 2010, n° 07-16.727, P+B), les juges du fond déclarèrent les demandes du syndicat contre l'assureur en tant ►

qu'assureur CNR irrecevables. La Cour de cassation approuve la cour d'appel qui constatait la souscription de deux polices distinctes, que le syndicat ayant visé expressément la police dommages-ouvrage dans les assignations en référé, avait exclusivement assigné l'assureur dommages-ouvrage et n'avait formulé en première instance aucune demande contre l'assureur en sa qualité d'assureur en police CNR. Par tant, la Haute juridiction considère que « la cour d'appel a retenu à bon droit, sans violer l'article 565 du Code de procédure civile, les garanties et demandes étant de natures différentes, que les demandes du syndicat, nouvelles en appel, étaient irrecevables et a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef ». ❖

*Cass. 3^e civ., 4 nov. 2010, n° 09-66.977, P+B ;
Cass. 3^e civ., 1^{er} déc. 2010, n° 09-16.633, D ;
Cass. 3^e civ., 20 oct. 2010, n° 07-16.727, P+B*

→ Lamy Assurances, n° 1163

Risques de responsabilité civile

Sur la distinction entre l'action en exécution du contrat d'assurance et l'action en paiement de dommages-intérêts pour manquement de l'assureur à son devoir de conseil, v. *supra* : Cass. 2^e civ., 10 nov. 2010, n° 09-14.948, P+B ❖

→ Lamy Assurances, n° 1232

Mise en œuvre de l'assurance de responsabilité civile

Sur l'autorité de chose jugée en matière d'assurance, v. *supra* : Cass. 2^e civ., 10 nov. 2010, n° 09-14.948, P+B ❖

→ Lamy Assurances, n° 1480

↓ ASSURANCES DE PERSONNES

Personnes intéressées au contrat

Assurance sur la vie : l'incapacité de recevoir du médecin (C. civ., art. 909)

Une personne, ayant souscrit un contrat d'assurance-vie a, par avenant, substitué à l'ancien bénéficiaire, sa psychiatre-psychanalyste, et, à défaut, le concubin de celle-ci. Après son décès, le légataire universel (ancien bénéficiaire du contrat) poursuit l'annulation de l'avenant, estimant qu'il constituait une libéralité consentie à un médecin ayant traité la défunte au cours de sa dernière maladie.

La cour d'appel accueille cette demande. Elle condamne la psychiatre à lui rembourser le capital versé en vertu du contrat d'assurance-vie et considère que la nullité de l'avenant étant globale, le concubin ne peut se prévaloir des dispositions l'intéressant. Ces derniers se pouvoient en cassation.

La Cour de cassation estime que le moyen n'est pas fondé. Ainsi que le relèvent les juges du fond, l'applicabilité au litige de l'article 909 du Code civil n'est pas contestée. Si, en sa qualité de psychiatre-psychanalyste de la souscriptrice elle n'avait pu la traiter pour son cancer, « elle avait apporté à sa patiente un soutien accessoire au traitement purement médical mais associé à celui-ci, lui prodiguant, (...) des soins réguliers et durables afférents à la pathologie secondaire dont elle était affectée (...) ». Par tant, la cour d'appel « en a exactement déduit que (la psychiatre) avait soigné (la souscriptrice), pendant sa dernière maladie, au sens de l'article 909 du Code civil, de sorte qu'elle était frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit ».

En revanche, l'arrêt est cassé au visa de l'article 1131 du Code civil. Les juges du fond sont censurés pour avoir énoncé que

la nullité de l'avenant était globale et que le concubin ne pouvait se prévaloir des dispositions de cet acte.

« En statuant ainsi, sans se prononcer sur la cause ayant déterminé (la souscriptrice) à souscrire l'avenant au bénéficiaire (du concubin) », la Haute juridiction considère que la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. ❖

Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 2010, n° 07-21.303, P+B+I

→ Lamy Assurances, n° 3830

Dénouement du contrat d'assurance et droits du bénéficiaire

Assurance invalidité : le capital versé constitue un bien propre par nature

Au cours des opérations de liquidation et de partage de la communauté, dissoute par divorce, l'ex-époux soutient que le capital qu'il avait perçu au cours du régime par application d'un contrat d'assurance de groupe, souscrit par son employeur garantissant le risque décès ou invalidité permanente et totale, constituait un bien propre. Il réclame, par conséquent, une récompense à la communauté au titre du montant de ce capital ayant servi à financer l'acquisition d'un appartement.

La cour d'appel estimait, au contraire, que la somme versée par l'assureur constituait un bien commun, que le capital garanti avait été calculé en fonction des traitements du mari et de sa situation de famille, qu'avaient été pris en compte le montant de son salaire annuel et sa situation d'homme marié ayant trois enfants à charge. Ainsi le capital versé n'était nullement forfaitaire mais calculé en fonction de ses revenus dont il était destiné à compenser la perte et qu'il ne s'agissait pas d'une indemnité destinée à réparer un dommage corporel ou moral, mais d'un capital se substituant au salaire.

Elle est censurée par la Cour de cassation qui considère « *Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants, alors que le capital versé au bénéficiaire au titre d'un contrat d'assurance garantissant le risque invalidité a, réparant une atteinte à l'intégrité physique, un caractère personnel de sorte qu'il constitue un bien propre par nature, la cour d'appel a violé (l'article 1404, alinéa 1^{er}, du Code civil)* ». ❖

Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 2010,
n° 09-72.316, P+B+I

→ Lamy Assurances, n° 3983, n° 3988

Assurance sur la vie : transfert de valeurs entre les patrimoines d'époux séparés de biens et *quid* d'une créance entre eux ?

Une personne (le *de cujus*), mariée sous le régime de la séparation de biens, souscrit quatre contrats d'assurance-vie

dont son épouse est bénéficiaire en cas de pré-décès. Le souscripteur décède en laissant pour lui succéder son épouse, donataire de la plus large quotité disponible entre époux, et ses deux enfants issus d'une première union (les consorts X.). La veuve déclare opter pour le quart en pleine propriété et les trois quarts en usufruit des biens composant la succession. Elle décède en laissant pour lui succéder son fils (M. Z.) issu d'une première union. Les consorts X, soutenant que le contrat d'assurance-vie souscrit par un conjoint au bénéfice de son époux séparé en biens réalise entre eux le transfert d'un patrimoine qui constitue une créance entre époux dont l'évaluation est soumise aux règles des récompenses, demandent à ce que M. Z soit condamné à payer à la succession 2 663 197 francs, au titre d'une créance entre époux séparés de biens. Ils sont déboutés par les juges du fond.

La cour d'appel estime, en effet, que les primes versées par le *de cujus* ne relèvent pas du régime des créances entre époux, que le contrat d'assurance sur la vie est constitutif d'une stipulation pour autrui qui confère au tiers bénéficiaire un droit direct contre l'assureur sans que le capital ne transite par le patrimoine du souscripteur qui ne détient donc aucune créance envers le bénéficiaire.

Les consorts X se pourvoient, sans succès, en cassation, la Cour de cassation jugeant que « *la prétendue existence d'un transfert de valeurs entre les patrimoines d'époux séparés de biens était insuffisante à fonder le principe d'une créance entre eux* ». ❖

Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 2010,
n° 09-16.964, P+B+I

→ Lamy Assurances, n° 3988

TEXTES

Création du comité interministériel de la dépendance

Créé par un décret du 30 décembre dernier, le comité, présidé par le Premier ministre ou, par délégation de celui-ci, par le ministre chargé des personnes âgées, est composé des ministres chargés des personnes âgées, des personnes handicapées, de la famille, de la solidarité, de la santé, de l'emploi, de l'économie, de la sécurité sociale, du budget et des collectivités territoriales.

Ce comité interministériel a pour mission de préparer le débat national sur la dépendance des personnes âgées, d'en assurer le suivi et d'en tirer les conclusions.

D. n° 2010-1764, 30 déc. 2010, portant création du comité interministériel de la dépendance, JO 31 déc.

Hépatite C et indemnisation par l'ONIAM

La loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011, JO 21 déc. 2010, modifie l'article L. 1221-14 du Code de la santé publique. Partant, « La transaction intervenue entre (l'Office national de l'indemnisation des accidents médicaux, ONIAM) et la victime, ou ses ayants droit, en application du présent article est opposable à l'assureur, sans que celui-ci puisse mettre en oeuvre la clause de direction du procès éventuellement contenue dans les contrats d'assurance applicables, ou, le cas échéant, au responsable des dommages, sauf le droit pour ceux-ci de contester devant le juge le principe de la responsabilité ou le montant des sommes réclamées. L'office et l'Etablissement français du sang peuvent en outre obtenir le remboursement des frais d'expertise. Quelle que soit la décision du juge, le montant des indemnités allouées à la victime ou à ses ayants droit leur reste acquis ».

C. santé publ., art. L. 1221-14 mod. par L. n° 2010-1594, 20 déc. 2010, art. 65

Solvabilité II : la prise en compte des « effet indus »

Michel Barnier, Commissaire européen en charge du marché intérieur et des services, a déclaré, lors d'une conférence organisée par la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) le 2 décembre dernier, que la Commission européenne serait prête à accepter des « aménagements transitoires » et « des simplifications » pour contrer les « effets indus » et les impacts négatifs à court terme provoqués par la mise en oeuvre de la directive Solvabilité II. Affaire à suivre...

www.ffsa.fr

Imposition des produits d'assurance-vie dénoués en cas de décès : précisions de l'Administration fiscale

L'article 18 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2010 (L. n° 2009-1646, 24 déc. 2009, JO 27 déc.) a institué un nouveau fait générateur d'imposition aux prélèvements sociaux des produits des contrats d'assurance-vie pour y soumettre, en cas de dénouement du contrat par le décès de l'assuré, les produits qui ne l'ont pas été de son vivant.

L'Administration fiscale commente, dans une instruction du 15 novembre dernier, les nouvelles dispositions qui s'appliquent aux produits des contrats d'assurance-vie dénoués par le décès de l'assuré à compter du 1^{er} janvier 2010, quelle que soit la date de conclusion du contrat ou de versement des primes.

Sont concernés par ces dispositions : les contrats d'assurance-vie en cas de vie qui comportent une valeur de rachat ou la garantie du paiement d'un capital ou d'une rente à l'assuré si ce dernier est encore en vie au terme du contrat, accompagnés d'une garantie ou d'une contre-assurance décès. Parmi ces contrats, on peut citer, les contrats d'assurance mixtes ; les contrats d'assurance à terme fixe ; ou encore les contrats d'assurance à capital différé. Sont également visés les contrats d'assurance « vie entière ».

Les nouvelles dispositions s'appliquent à tous les contrats d'assurance-vie, quels que soient leur nature, la date à laquelle ils ont été souscrits ou le régime au regard de l'impôt sur le revenu de leurs produits.

En revanche, les nouvelles règles d'imposition ne concernent pas les bons et contrats de capitalisation nominatifs ; les contrats d'assurance décès, les contrats de rente survie, les contrats d'épargne handicap ou encore les contrats d'assurance de groupe en cas de vie dont les prestations sont liées à la cessation d'activité professionnelle. Sont également exclus les produits des contrats d'assurance-vie souscrits dans le cadre d'un plan d'épargne populaire (« PEP assurances »).

Instr. 15 nov. 2010, BOI 5 I-4-10

Sommaire récapitulatif

Le sommaire ci-dessous recense les articles de votre *Lamy assurances – 2011* qui ont fait l'objet d'une mise à jour. Ces articles sont identifiés par leur numéro et suivis de la référence du ou des *Bulletins d'Actualité (A, B, C ...)* qui les ont modifiés.

Ce bulletin **B** actualise les articles de votre **Lamy assurances – 2011** numéros : 48, 490, 1163, 1232, 1480, 3830, 3983, 3988.

LE CONTRAT D'ASSURANCE

- Caractères généraux de l'opération d'assurance
48-B
- Contenu du contrat d'assurance
490-B
- La prestation d'assurance
762-A
- La prescription
1138-A, 1163-B
- Risques de responsabilité civile
1232-B

- Mise en œuvre de l'assurance de responsabilité civile
1480-B, 1484-A

ASSURANCE AUTOMOBILE

- Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages
2897-A

ASSURANCES OBLIGATOIRES DES RISQUES DE CONSTRUCTION

- Assurance des dommages à l'ouvrage
3224-A, 3255-A

ASSURANCES DE PERSONNES

- Personnes intéressées au contrat
3830-B, 3849-A
- Dénouement du contrat d'assurance et droits du bénéficiaire
3983-B, 3988-B



Wolters Kluwer
France

LAMY ASSURANCES

Directeur de la publication, Président Directeur Général de Wolters Kluwer France : Michael KOCH
Rédactrice en chef : Gaëlle LE NESTOUR DRELON
Réalisation PAO : Manuela BRESCIA – Corinne HENNEQUIN

Éditeur : WOLTERS KLUWER FRANCE

SAS au capital de 300 000 000 €
Siège social : 1, rue Eugène et Armand Peugeot
92856 Rueil-Malmaison Cedex
RCS Nanterre 480 081 306
Associé unique : HOLDING WOLTERS KLUWER FRANCE

N° Commission paritaire : 1010 K 87214
Dépôt légal : à parution
N° ISSN : 1257-1814
Prix de l'abonnement annuel : 702,63 € TTC
Périodicité : mensuelle
Imprimerie Delcambre, BP 389, 91959 Courtaboeuf cedex
Le Lamy Assurances et son bulletin *Lamy Assurances Actualités* sont indissociables.

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans la présente publication, faite sans autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Les noms, prénoms et adresses de nos abonnés sont communiqués à nos services internes et organismes liés contractuellement avec la publication, sauf opposition motivée. Dans ce cas, la communication sera limitée au service abonnement. Conformément à la loi du 06/01/78, ces informations peuvent donner lieu à l'exercice d'un droit d'accès et de rectification auprès de Wolters Kluwer France SAS – Direction Commerciale.