
FSMA_2015_13 du 26/08/2015

Position de la FSMA en ce qui concerne les éléments essentiels du contrat d'assurance

Résumé/Objectifs:

Par le biais de cette position, la FSMA souhaite tout d'abord clarifier la distinction entre un contrat de garantie et un contrat d'assurance. Contrairement aux contrats d'assurance, les contrats de garantie n'ont aucun caractère autonome. Ils sont accessoires à une opération principale non aléatoire (typiquement un contrat d'achat) et ne visent qu'à indemniser et/ou réparer des mauvais fonctionnements dont la cause est intrinsèque à l'opération principale ou à son objet (défaut de matériel ou de fabrication au bien acheté).

En outre, la FSMA souhaite préciser que la nouvelle définition d'assureur dans la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances n'a pas pour conséquence que certains contrats dérivés risquent d'être requalifiés de contrats d'assurance. Contrairement aux contrats d'assurance, l'intérêt d'assurance ne constitue en effet pas un élément essentiel des contrats dérivés, et cela en dépit de la possibilité d'utiliser des contrats dérivés en vue de se couvrir contre certains risques. Le contrat dérivé peut en effet également être conclu à des fins spéculatives ou devenir spéculatif, sans que de ce fait la validité du contrat ne soit menacée ou que cela n'ait un impact sur les obligations contractuelles du vendeur du dérivé. Les obligations de paiement du vendeur du dérivé sont indépendantes du fait que l'acheteur subisse ou non un préjudice, ait ou non un intérêt à ce que l'événement incertain ne se réalise pas.

Par ailleurs, de brèves explications sont également fournies au sujet de la façon dont la problématique de la qualification en matière d'assurances vie a été réglée par la loi interprétative du 19 juillet 2013.

La pratique de contrôle afférente au droit des assurances (contrôle des produits et contrôle du périmètre) démontre la nécessité de préciser les éléments essentiels du contrat d'assurance. C'est tout particulièrement le cas lorsque des engagements de couverture de certains risques sont repris dans des contrats ayant un objet plus large ou sont accessoires à de tels contrats. A cet égard, la question se pose souvent en pratique de savoir si un contrat déterminé doit être qualifié de contrat de garantie ou de contrat d'assurance. La réponse à cette question est déterminante pour l'application des dispositions contractuelles propres au droit des assurances. Elle est également déterminante pour l'application de la supervision financière : le contrôle des règles de conduite au sens large, en ce

compris le contrôle des produits, auprès des assureurs par la FSMA, et, éventuellement, le contrôle prudentiel des entreprises d'assurances par la BNB¹.

En vertu de la définition légale (article 5, 14°, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances), quatre éléments essentiels doivent être réunis pour qu'un contrat (ou une opération) puisse être qualifié de contrat d'assurance :

1. un événement incertain ;
2. un intérêt d'assurance ;
3. une prime ;
4. une prestation d'assurance.

La définition de la notion de contrat d'assurance dans la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances a été reprise sans modifications de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. La loi du 4 avril 2014 a toutefois introduit une définition distincte de la notion d'assureur² (art. 5, 1°, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances) : toute personne ou entreprise qui, en tant que partie contractante, offre de souscrire un ou des contrats d'assurance, quelle que soit la qualité professionnelle de cette personne et qu'il soit fait usage ou non de techniques actuarielles lors de la conclusion du contrat. Il découle de cette définition légale de la notion d' « assureur » que la qualité professionnelle de l'assureur ne fait plus partie des éléments essentiels du contrat d'assurance à partir du 1^{er} novembre 2014 (date d'entrée en vigueur de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances) pour l'application de la loi du 4 avril 2014 et ses arrêtés d'exécution. Ceci permet notamment d'éviter qu'il soit suffisant, dans le cas d'une interprétation extrême, de travailler sans autorisation ou agrément pour qu'il ne soit pas question d'un contrat d'assurance de sorte que l'activité échapperait au contrôle (et au droit contractuel des assurances). Cette nouvelle définition vise également le cas exceptionnel dans lequel une personne ou une entreprise offrirait une seule fois de souscrire un contrat d'assurance en tant que partie contractante. Ainsi, la définition de la notion d'assureur vise à créer les meilleures conditions pour un contrôle efficace par la FSMA³.

Une brève explication des éléments essentiels du contrat d'assurance tels que prévus par la loi est fournie ci-après.

1. L'événement incertain

Un premier élément essentiel du contrat d'assurance concerne un possible événement futur dont la survenance ou le moment de la survenance est incertain. En outre, la survenance de cet événement ne peut dépendre uniquement de la volonté des parties contractantes.

La prestation de l'assureur dépend de la survenance de cet événement incertain. Si la prestation de l'assureur ne dépend pas d'un événement déterminé qui est futur et incertain au moment de la conclusion du contrat, il n'est pas question d'un contrat d'assurance.

¹ Cette position de la FSMA concerne uniquement la notion de « contrat d'assurance » dans le cadre de son contrôle. Elle ne porte pas atteinte à la position de la BNB, en particulier en ce qui concerne la notion d' « entreprise d'assurances ».

² Une notion qui est ainsi distinguée de la notion d' « entreprise d'assurances ».

³ Comme expliqué en note de bas de page 1, aucune position n'est adoptée ici au sujet de la notion d' « entreprise d'assurances ».

A l'exception de la qualification de certains contrats d'assurance vie, il y a dans la pratique peu de problèmes qui se posent en ce qui concerne la détermination de cet élément. Le développement de nouveaux produits d'assurance vie où l'accent est davantage mis sur l'épargne et le placement que sur l'assurance d'un risque, a donné lieu à des contestations au sujet de la qualification de ces produits en tant que contrats d'assurance. Ces contestations ont finalement été réglées par la loi du 19 juillet 2013 interprétative de l'article 97 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, qui a dans l'intervalle été intégrée dans l'article 160 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances. Ainsi, il a été stipulé, suivant en cela le point de vue de la majorité dans la jurisprudence, que le fait que la survenance de l'événement assuré ne dépende que de la durée de la vie humaine suffisait en tant qu'événement incertain, même lorsque les prestations réciproques des parties ont été évaluées par elles sans tenir compte des lois de survenance. L'incertitude quant au moment du décès de l'assuré et/ou au fait que l'assuré soit en vie à une date déterminée suffit donc, sans que le caractère incertain ne doive nécessairement être étendu aux chances/risques de bénéfices ou de pertes pour l'assureur et le preneur d'assurance.

2. L'intérêt d'assurance

Un second élément essentiel du contrat d'assurance est l'intérêt d'assurance. Il s'agit de l'intérêt à ce que l'événement incertain ne se réalise pas. Cette caractéristique distingue le contrat d'assurance du pari. Sans cette caractéristique, il ne peut à nouveau pas être question d'un contrat d'assurance.

Cette caractéristique distingue également le contrat d'assurance de certains contrats dérivés (entre autres, les *interest rate caps* et les *credit default swaps*) qui peuvent être conclus en vue de couvrir le risque qu'un événement déterminé (par exemple, une augmentation d'un taux d'intérêt) se réalise. Pour un contrat d'assurance, l'intérêt d'assurance constitue un élément essentiel (condition nécessaire) du contrat (lors de la conclusion du contrat et pendant la durée de celui-ci), ce qui n'est pas le cas pour un contrat dérivé. Les obligations de paiement contractuelles du vendeur d'un *interest rate cap* ou d'un CDS sont en effet indépendantes de la perte ou du risque de perte pour l'acheteur. Le vendeur va effectuer le paiement prévu dans l'*interest rate cap* ou le CDS, même si l'acheteur n'est pas ou plus exposé au risque d'une augmentation de taux ou d'une faillite d'un tiers. La possibilité pour l'acheteur d'utiliser des contrats dérivés afin de se couvrir contre les risques n'entraîne pas que l'intérêt dans le chef de l'acheteur à ce que l'événement incertain ne se réalise pas constitue un élément essentiel du contrat dérivé. Cela constitue tout au plus un éventuel motif. Le contrat dérivé peut également être conclu à des fins spéculatives ou devenir spéculatif, sans que de ce fait la validité du contrat ne soit menacée ou que cela n'ait un impact sur les obligations contractuelles du vendeur du dérivé. Un contrat d'assurance, par contre, sera résilié si l'intérêt d'assurance venait à disparaître pendant la durée du contrat.

Il y a également lieu d'observer que préalablement à la conclusion du contrat d'assurance, l'intérêt d'assurance existe exclusivement dans le chef de l'assuré ou éventuellement du bénéficiaire, mais n'existe pas dans le chef de l'assureur.

Cet aspect non réciproque de l'intérêt d'assurance peut être utile dans la pratique, par exemple pour décider que l'engagement d'une société de location de voitures consistant à offrir, sous certaines conditions, et contre rémunération, une couverture du risque de vol, de bris de vitre ou d'autres dégâts matériels n'est pas une opération d'assurance. En effet, la société de location de voitures demeure propriétaire des véhicules et a donc, au contraire d'un assureur préalablement à la conclusion du contrat d'assurance, un intérêt à ce que l'événement incertain (vol, bris de vitre, dégâts)

ne se réalise pas. C'est son patrimoine ou sa propriété qui est touché par la survenance de l'événement incertain. La couverture des événements incertains précités revient à ce que la société de location de véhicules renonce, contre rémunération, au cas où l'événement incertain vient à se réaliser, à son droit contractuel d'exiger du preneur en location que ce dernier rapporte le véhicule loué dans un bon état⁴. Il ne s'agit pas d'un contrat d'assurance mais d'une clause d'exonération.

3. La prime

Un troisième élément essentiel concerne la prestation du preneur d'assurance qui consiste à payer une prime. La prime est définie légalement comme « toute espèce de rémunération demandée par l'assureur en contrepartie de ses engagements ».

Une rémunération en contrepartie suffit donc, peu importe la manière dont celle-ci a été obtenue du point de vue technique. Un contrat ne peut donc pas se voir privé de la qualification de contrat d'assurance du fait que la rémunération ne serait pas une prime, mais seulement une rétribution ne tenant pas compte de statistiques ou de la mutualisation des risques. Une prime dissimulée, en infraction de l'article 64, § 2, 7°, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, peut également suffire.

4. La prestation d'assurance

Un quatrième élément essentiel du contrat d'assurance concerne la prestation de l'assureur : le montant à payer par l'assureur ou le service qu'il est tenu de fournir si l'événement incertain se réalise. Il peut s'agir du versement d'une somme, d'un dépannage, d'un rapatriement ou d'une autre forme d'assistance.

Outre les caractéristiques du contrat d'assurance prévues par la loi, il convient de porter une attention particulière au caractère autonome d'un contrat d'assurance. Cette caractéristique est décrite de façon détaillée et précise dans l'exposé des motifs de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre⁵ et est en particulier utile afin de préciser la distinction entre un contrat d'assurance et un contrat de garantie.

L'opération qui fait l'objet d'un contrat d'assurance et vise à offrir une couverture si un événement déterminé, préjudiciable et incertain se réalise, est une opération à caractère autonome. Par contre, cette opération n'a pas de caractère autonome si elle constitue à la fois l'accessoire⁶ d'une opération

⁴ Voir également CBFA Rapport du comité de direction 2007, p. 88-89.

⁵ Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, Doc. Parl., Ch., 1990 - 91, n° 1586/1, p. 9.

⁶ Par « accessoire », il y a lieu d'entendre : « qui fait partie de l'opération principale englobante, dont elle ne peut être isolée ou dissociée », même si l'engagement de garantie devait être repris dans un instrumentum distinct. Il s'agit donc d'une notion plus restreinte que celle utilisée dans le sens d'un contrat accessoire, par opposition à un contrat principal, dont l'existence et l'exécution sont liées à un autre contrat principal (mais qui peut toutefois présenter un caractère autonome, par exemple une assurance solde restant dû) et cela exclut que le risque soit transféré à une autre personne qui n'est pas encore impliquée dans l'opération principale en question (un tiers).

La personne qui reprend le risque par le biais d'une opération non autonome (par exemple, le vendeur) aura d'ailleurs en principe, préalablement au transfert du risque, en raison de son implication dans le cadre de l'opération principale, déjà un intérêt à ce que le risque repris ne se réalise pas (par exemple, l'intérêt du

principale non aléatoire (par exemple, un contrat d'achat) et est limitée à l'indemnisation ou la réparation d'un préjudice (direct), créé par la survenance d'un événement dont la cause est intrinsèque à l'opération principale ou à son objet (par exemple, un mauvais fonctionnement résultant d'un défaut de matériel ou de fabrication propre à l'appareil acheté).

Ce n'est que si cette double condition est remplie ((1) effectué accessoirement à une opération principale non aléatoire et (2) couverture limitée aux dégâts ou au préjudice consécutifs à une cause intrinsèque) que l'opération n'aura pas un caractère autonome et ne pourra par conséquent pas être qualifiée de contrat d'assurance. Dans la pratique, la première condition (accessoire) peut être vérifiée en examinant si l'engagement de couverture ou de garantie est fourni pas un tiers (pas accessoire) ou par une partie participant à l'opération principale (accessoire).

Cette caractéristique (le caractère autonome) est en particulier pertinente en vue de distinguer les contrats d'assurance des contrats de garantie. Les contrats de garantie ont trait à la conformité d'un bien de consommation. Ils visent typiquement à garantir qu'un produit acheté satisfait intrinsèquement à l'usage auquel il est destiné. Les contrats de garantie n'ont pas de caractère autonome. Ils sont accessoires à une opération principale non aléatoire (typiquement un contrat d'achat) et ne visent qu'à indemniser et/ou réparer des mauvais fonctionnements résultant de causes internes (défauts de matériel ou de fabrication) au bien (de consommation) acheté. Le contrat de garantie peut, au vu de son caractère accessoire, être repris en tant que clause de garantie dans un contrat ayant un objet plus large, ou être repris dans un instrumentum distinct (également appelé pacte de garantie), par exemple dans le cas d'une garantie commerciale dans le cadre de laquelle l'acheteur d'un appareil se voit offrir la possibilité de prolonger, contre paiement, la garantie légale.

Pour être clair, il y a encore lieu d'ajouter que si le vendeur couvre son obligation de garantie par le biais d'un contrat d'assurance, ce contrat entre le vendeur et un assureur présente bel et bien un caractère autonome : il n'est en effet pas l'accessoire du contrat d'achat (une opération principale non aléatoire), mais il vise à couvrir le risque de l'obligation de garantie incertaine du vendeur par une personne (l'assureur) qui n'est pas concernée par le contrat d'achat (l'opération principale non aléatoire).

vendeur à ce que les biens qu'il vend soient de bonne qualité). L'absence de caractère autonome va donc dans le sens d'un intérêt d'assurance réciproque.