

LA DÉFAILLANCE DES ENTREPRISES D'ASSURANCE SUR LA VIE



PIERRE-GRÉGOIRE MARLY
Maître de conférences
à l'Université
Paris I
(Panthéon-Sorbonne)

À mesure que vacillent les places financières, preneurs et bénéficiaires d'assurances vie expriment la crainte d'une défaillance de leur assureur. Qu'advierait-il de leurs droits au titre des contrats souscrits si, à la suite de placements ruineux, leur compagnie n'était plus en mesure d'honorer ses engagements ?

La défaillance d'un assureur ne se peut réduire à une cessation des paiements que le droit commun des entreprises en difficultés définit comme l'impossibilité pour un débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible¹. Certes, la cessation des paiements d'un assureur n'est pas exclue et pourrait survenir dans le cadre de certaines activités. Pour exemple, en matière d'assurance caution, où l'assureur fait l'avance de trésorerie avant éventuellement d'en récupérer le montant auprès des débiteurs cautionnés, il pourrait arriver que son passif exigible devienne supérieur à son actif disponible. En une telle occurrence, l'entreprise serait alors placée en redressement judiciaire, ce dont l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM) devrait être informée conformément à l'article L. 310-25 du Code des assurances.

Toutefois, cette hypothèse demeure marginale et les critères de la défaillance des assureurs sont nécessairement liés au particularisme de l'activité assurantielle. De fait, au regard des autres prestataires de services, les organismes d'assurances connaissent un cycle de production inversé puisqu'ils commercialisent leurs services avant même de les produire, de sorte que le prix de revient afférent n'est connu que postérieurement au prix de vente. En d'autres termes, il leur est impossible de déterminer *a priori* le coût exact des pres-

tations qu'ils fourniront en contrepartie des primes collectées. Par suite, un assureur pourrait se trouver insolvable quand même il ne serait pas en état de cessation des paiements. C'est pourquoi, sa défaillance s'entend plus largement de l'impossibilité dans laquelle il se trouverait d'exécuter ses engagements vis-à-vis des assurés.

Singulière par ses critères, cette défaillance l'est également par ses effets puisqu'elle conduit invariablement l'entreprise concernée, en marge du droit commun des procédures collectives, au retrait de son agrément, à la liquidation subséquente de ses actifs et, lorsque la loi le prévoit, à l'intervention d'un fonds de garantie.

À ce funeste sort, il est toutefois obvié par un arsenal de dispositions préventives que l'ACAM est tenue de déployer. En effet, l'Autorité surveille étroitement la situation financière des organismes qu'elle supervise et prend, le cas échéant, des mesures destinées à sauvegarder les entreprises en difficultés.

Préventives ou curatives, les règles consacrées à la défaillance des entreprises d'assurances ont fait l'objet d'une reconnaissance mutuelle entre les États membre de la Communauté européenne dans le cadre de la directive 2001/17/CE concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurances.

Dans ce contexte, et au regard de ses voisins européens, le droit français est doté d'un dispositif protégeant efficacement les consommateurs d'assurances, spécialement les preneurs et bénéficiaires d'assurances vie, qu'il vise à prévenir ou à traiter la défaillance de leur assureur.

I. PROPHYLAXIE

Le cycle de production inversé qu'implique l'activité assurantielle et l'importance des flux financiers que draine celle-ci justifient que les entreprises qui s'y livrent fassent l'objet d'une surveillance idoine dont la finalité est précisément de parer à leur défaillance.

Si l'agrément administratif de tout organisme d'assurances participe à ce régime préventif, celui-ci s'exprime

1. C. com., art. L. 631-1. Sur la notion de cessation des paiements, reconduite sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, voir : P.-G. Marly, Du redressement judiciaire, in *La réforme des procédures collectives*, La loi de sauvegarde article par article, LGDJ, 2006, p. 246.

ensuite par un contrôle permanent de l'ACAM qui peut déboucher sur des mesures d'assainissement, autant que des sanctions à l'encontre des contrevenants.

Le contrôle permanent

En son deuxième alinéa, l'article L. 310-12 du Code des assurances enjoint à l'ACAM de s'assurer que les entreprises soumises à son autorité « sont en mesure de tenir à tout moment les engagements qu'elles ont contractés envers les assurés, adhérents ou entreprises réassurés et présentent la marge de solvabilité fixée par voie réglementaire ». La même disposition précise qu'à cette fin l'ACAM examine « la situation financière et les conditions d'exploitation des organismes soumis à son contrôle et veille en outre à ce que leurs modalités de constitution et le fonctionnement de leurs organes délibérants et organes dirigeants soient conformes aux dispositions qui les régissent ».

De ce texte, il s'infère que l'ACAM exerce une étroite surveillance de la solvabilité des assureurs français et, plus largement, du respect par ces organismes des normes auxquelles ils sont assujettis.

Cette surveillance vise notamment à contrôler que les organismes d'assurances remplissent trois obligations corrélatives : (i) provisionner suffisamment leurs engagements, (ii) représenter ceux-ci par des actifs équivalents et (iii) disposer d'un niveau de fonds propres leur garantissant une marge de solvabilité suffisante.

L'exigence de provisions suffisantes découle de ce que le passif des assureurs est principalement composé des engagements qu'ils ont pris au titre des contrats d'assurances. L'incertitude pesant sur le *quantum* et la date d'exécution de ces engagements justifie alors que seuls des montants estimatifs en soient inscrits au bilan. Ces montants, parés du nom de provisions techniques, doivent théoriquement correspondre au règlement des dettes qu'ils représentent. C'est pourquoi, leur détermination est minutieusement réglementée.

En matière d'assurances sur la vie, l'évaluation des dettes de l'assureur est relativement aisée puisqu'elle se déduit méthodiquement du montant des prestations forfaitairement convenues et de la probabilité de survenance du risque selon les tables de mortalité. Ce mode de calcul justifie que les engagements visés fassent principalement l'objet de provisions dites « mathématiques ». Si elles figurent juridiquement les créances des bénéficiaires de garanties sur leur assureur, les provisions mathématiques sont techniquement égales à la valeur actuelle probable des engagements de ce dernier (prestations futures), diminuée de la valeur actuelle probable des engagements des souscripteurs (primes futures)². La valeur actuelle probable signifie qu'est prise en compte la valeur actuelle des engagements multipliée par leur probabilité de réalisation. Il en résulte notamment qu'un assureur ne saurait comptabiliser à sa valeur nominale un engagement dont l'exécution, au vu des tables de mortalités, est fortement improbable.

Afin que l'assureur soit en mesure de tenir ses engagements d'assurance, il doit non seulement provisionner suffisamment ceux-ci, mais également les représenter en

permanence par des actifs équivalents³. Ces actifs réglementés se composent principalement de placements soumis à des règles particulières d'admission, de dispersion et de comptabilisation.

En vue d'être admis en couverture des provisions techniques, ces placements doivent ressortir aux catégories d'actifs recensées par voie réglementaire⁴. Sous réserve qu'ils remplissent des critères spécifiques, les actifs éligibles sont sommairement les titres de créance, les titres de capital, les parts d'organismes de placement collectif, les actifs immobiliers, ainsi que certains prêts et dépôts.

Quelle que soit la catégorie dont ils relèvent, les placements doivent également satisfaire aux conditions générales d'équivalence, de congruence et de localisation : l'équivalence signifie qu'à tout moment la valeur et la durée des actifs doivent être égales à celles du passif représenté ; la congruence implique que les engagements souscrits dans une monnaie soient couverts, sauf dérogation, par des actifs libellés ou réalisables dans la même monnaie ; la localisation impose que les actifs réglementés soient situés dans un État membre de la Communauté européenne.

À ces critères qualitatifs d'admission, s'ajoutent des critères quantitatifs exprimés par des plafonds d'investissement en pourcentage d'un montant de référence. Ce montant est dénommé « base de dispersion » et correspond à la différence entre le montant total du passif privilégié (i.e. les provisions techniques) et le montant total des actifs autres que les placements réglementés, toutes monnaies confondues. Partant, les règles de répartition fixent des limites par catégorie d'actifs, tandis que les règles de dispersion établissent des limites par actifs particuliers et par émetteurs⁵.

Reste à déterminer la valeur à laquelle les placements éligibles doivent être inscrits au bilan de l'assureur. De manière générale, il existe trois méthodes d'évaluation : la première consiste à inscrire au bilan la valeur historique du placement considéré, c'est-à-dire son prix d'achat ou de revient ; la deuxième prend en compte la valeur de réalisation du placement, c'est-à-dire le prix qui serait obtenu si l'on cédait l'actif au jour de l'inventaire ; la troisième, restreinte aux actifs amortissables (i.e. remboursables), consiste à prendre en considération leur valeur de remboursement stipulée au contrat.

Le droit français des assurances combine différemment ces méthodes selon la nature des placements effectués. Il suit que, de principe, les actifs sont comptabilisés à leur valeur historique, déduction faite d'éventuels amortissements et dépréciations. Les actifs sont également évalués à leur valeur de réalisation, mais cette valeur ne fait l'objet que d'une publication extracomptable. Enfin, pour les actifs amortissables tels que les titres obligataires, la différence entre la valeur historique et la valeur

2. C. Ass., art. R. 331-3.

3. Une fois les provisions techniques couvertes, l'actif excédentaire se compose notamment des placements librement réalisés par l'assureur au moyen des fonds encore disponibles. En d'autres termes, si après satisfaction de l'obligation de couverture des engagements réglementés, l'assureur dispose toujours de liquidités, il est libre de les investir conformément à ses statuts et aux règles de droit commun (voir Dir. 2002/83/CE, art. 31).

4. Pour les entreprises d'assurances, voir C. Ass., art. R. 332-2.

5. Pour les entreprises d'assurances, voir C. Ass., art. R. 332-3 et R. 332-3-1.

de remboursement peut être prise en considération : lorsque le prix d'achat de ces titres est supérieur à leur prix de remboursement, la différence est amortie sur la durée de vie résiduelle des titres ; lorsque le prix d'achat de ces titres est inférieur à leur prix de remboursement, la différence est portée en produits sur la durée de vie résiduelle des titres.

Enfin, il se peut qu'en dépit d'une conformité scrupuleuse de l'actif aux normes de composition une dévaluation imprévisible de certains placements génère des pertes que l'assureur ne peut provisionner. De même, il est envisageable que, malgré leur calcul rigoureux, les provisions soient insuffisantes à raison d'une « sinistralité » inattendue.

Pour ces raisons, il est exigé des organismes d'assurances qu'ils disposent d'une marge de solvabilité, c'est-à-dire d'un montant de ressources non engagées supérieur à un minimum réglementaire. Ce « matelas de sécurité » doit ainsi permettre d'amortir les conséquences de risques non quantifiés ou sous-évalués, et donner aux autorités de contrôle le temps de prendre les mesures nécessaires au redressement de l'entreprise.

Les ressources prises en compte dans la marge de solvabilité sont les fonds propres et les quasi-fonds propres constitués des sommes provenant de titres et d'emprunts subordonnés. Sur demande justifiée de l'assureur, et avec l'accord de l'ACAM, certains éléments extra-bilanciels peuvent également intégrer la marge de solvabilité. Sont notamment visées les plus-values latentes (i.e. non encore réalisées) résultant de la sous-estimation d'actifs, lorsque la valeur comptable d'un placement est inférieure à sa valeur de marché. Par symétrie, les plus-values éligibles peuvent également provenir d'une surestimation au passif de certaines provisions techniques.

L'ensemble des éléments composant la marge de solvabilité doit atteindre un montant excédant un minimum réglementaire. Ce plancher, différemment calculé selon que l'entreprise d'assurances est agréée en vie ou en non-vie, est proportionnel au volume d'activités ou d'engagements de l'assureur.

Les exigences prudentielles ci-avant décrites requièrent donc des assureurs une diligence particulière en matière de placements, leur interdisant notamment d'investir par trop dans des actifs risqués. Par ailleurs, ce dispositif garantit qu'en dépit d'une baisse des plus-values latentes générées par les placements réalisés, la stabilité financière des entités concernées ne soit pas dangereusement ébranlée.

Outre l'application de ces règles prudentielles, l'ACAM contrôle plus largement le respect par les assureurs des normes juridiques auxquelles ils sont soumis. En ce sens, l'Autorité examine les conditions d'exploitation de chaque organisme (statuts, gouvernance, contrôle interne...) ainsi que la pertinence de leur gestion financière.

Si le contrôle permanent d'un assureur révèle des écarts ou des dysfonctionnements, l'ACAM peut être amenée à lui formuler des recommandations, adopter des mesures d'urgence et de sauvegarde ou encore ouvrir à son encontre une procédure disciplinaire.

Les recommandations

Fréquemment, l'ACAM communique aux organismes qu'elle contrôle des observations relatives à leur gouvernance, leur gestion et le provisionnement de leurs engagements. Si ces observations ne sont pas suivies par les intéressés, elles se peuvent prolonger par des recommandations émises conformément à l'article L. 310-17 du Code des assurances.

Suivant cette disposition :

« L'Autorité de contrôle peut adresser à tout organisme ou toute personne soumis à son contrôle une recommandation de prendre toutes les mesures appropriées pour restaurer ou renforcer sa situation financière, améliorer ses méthodes de gestion ou assurer l'adéquation de son organisation à ses activités ou à ses objectifs de développement. L'organisme est tenu de répondre dans un délai de deux mois en précisant les mesures prises à la suite de cette recommandation. »

Signalons que l'ACAM n'est pas tenue de justifier la recommandation qu'elle formule par le constat d'une irrégularité à l'endroit de son destinataire, en quoi cette mesure diffère de la procédure d'injonction que prévoyait l'ancien article L. 310-17 du Code des assurances.

Si cette procédure a été supprimée par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, une forme d'injonction se peut néanmoins trouver dans le cadre des sanctions disciplinaires encourues par les entreprises qui se livrent à des pratiques mettant en péril leur marge de solvabilité ou l'exécution de leurs engagements envers les assurés⁶. En effet, avant de prononcer de telles sanctions, l'ACAM peut enjoindre aux organismes visés de prendre dans un délai déterminé toute mesure de nature à mettre fin aux pratiques qui leur sont reprochées⁷.

Les mesures d'urgence et de sauvegarde

Outre des recommandations, le contrôle déployé par l'ACAM peut déboucher sur des mesures d'urgence et de sauvegarde qui, notons-le, vont au-delà des mesures d'assainissement préconisées par la directive 2001/17/CE précitée⁸.

Tout d'abord, si les circonstances l'exigent, l'ACAM peut ordonner à un assureur de suspendre le paiement des valeurs de rachat ou le versement des avances au titre des contrats d'assurances vie ou de capitalisation qu'il a souscrits⁹. Une telle mesure est notamment destinée à éviter que l'assureur concerné ne soit acculé par une vague massive de retraits consistant pour les preneurs à récupérer avant terme la valeur de leur contrat.

Ensuite, lorsque la situation financière ou les conditions de fonctionnement d'un organisme d'assurances sont telles que les intérêts des souscripteurs ou des bénéficiaires de contrats sont compromis ou susceptibles de l'être, l'ACAM peut prendre des mesures d'urgence destinées à sauvegarder les intérêts mena-

6. Sur ces mesures disciplinaires, voir *infra*.

7. C. Ass., Art. L. 310-18, al. 2.

8. Comp. Dir. 2001/17/CE, art. 2(c) et C. Ass., art. L. 323-8.

9. C. Ass., Art. L. 323-1.

cés¹⁰. Ces mesures, qui peuvent se cumuler, sont au nombre de sept¹¹.

1) La surveillance spéciale

Le placement d'un assureur sous surveillance spéciale suppose la désignation par l'ACAM d'un agent de son secrétariat général qui dispose de tous pouvoirs d'investigation et doit être immédiatement avisé des décisions prises par les instances dirigeantes de l'entreprise.

En outre, lorsque l'assureur est parallèlement soumis à un plan de rétablissement, de redressement ou de financement¹², ce commissaire contrôleur est informé des mesures afférentes au plan et veille à leur exécution.

2) Le gel d'actifs

Lorsqu'elle est amenée à restreindre ou interdire la libre disposition des actifs d'une entreprise d'assurances, l'ACAM peut prescrire à tout émetteur ou dépositaire de ces actifs de refuser l'exécution des opérations portant sur des comptes ou des titres appartenant à l'entreprise concernée, ainsi que le paiement des intérêts et dividendes afférents auxdits titres ou subordonner l'exécution de ces opérations au visa préalable d'un commissaire contrôleur ou de toute personne qu'elle accréditera à cet effet¹³.

Par ailleurs, l'ACAM peut exiger que tous les fonds, titres et valeurs détenus par l'entreprise soient, dans des délais et conditions qu'elle fixe, transférés à la Banque de France pour y être inscrits sur un compte bloqué. Ce compte ne pourra alors être débité sur ordre de son titulaire qu'avec l'autorisation expresse de l'Autorité ou de toute personne désignée par elle, et seulement pour un montant déterminé¹⁴.

3) L'interdiction temporaire de certaines opérations

Suivant le risque qu'elles présentent au regard de la situation de l'organisme contrôlé, certaines opérations peuvent être suspendues ou limitées par l'ACAM.

4) Le programme de rétablissement

Le programme de rétablissement peut être demandé par l'ACAM lorsque la situation financière d'un assureur menace les intérêts des assurés et bénéficiaires de garanties¹⁵. L'organisme doit alors, dans un délai d'un mois, remettre à l'ACAM pour approbation un programme comportant toutes mesures destinées à rétablir son équilibre.

Les dirigeants sont associés à la détermination des mesures à prendre, tandis que l'ACAM se réserve le soin d'apprécier celles-ci. En toute occurrence, le recours à un plan de rétablissement suppose donc que l'Autorité apprécie favorablement la capacité de ces dirigeants de mener efficacement le redressement de leur entreprise.

5) La nomination d'un administrateur provisoire

L'ACAM peut désigner un ou plusieurs administrateurs provisoires à qui sont transférés les pouvoirs requis pour administrer l'entreprise en difficultés.

La désignation est faite soit à la demande des dirigeants lorsqu'ils estiment ne plus être en mesure d'exercer diligemment leurs fonctions, soit à l'initiative de l'ACAM lorsque la gestion de l'organisme ne peut plus être assurée dans des conditions normales, soit lorsqu'une suspension temporaire a été prononcée à l'encontre d'un ou plusieurs dirigeants.

Cette mesure exceptionnelle entraîne le dessaisissement des organes sociaux. En outre, la désignation de l'administrateur provisoire est nécessairement accompagnée de la nomination d'un commissaire contrôleur disposant des mêmes pouvoirs qu'en cas de placement de l'assureur sous surveillance spéciale¹⁶.

6) Le renforcement de la marge de solvabilité

Selon l'article L. 323-1-1 du Code des assurances, l'ACAM peut exiger une marge de solvabilité plus importante que celle prescrite par la réglementation afin que l'entreprise concernée soit rapidement en mesure de satisfaire à l'ensemble des exigences financières.

7) Le plan de redressement ou de financement

Lorsque la marge de solvabilité d'une entreprise d'assurances n'atteint pas le montant réglementaire requis, l'ACAM exige qu'un plan de redressement soit soumis à son approbation dans un délai d'un mois¹⁷.

Par ailleurs, lorsque le montant de la marge de solvabilité se situe en dessous d'un niveau encore plus faible que le minimum exigé (ce niveau est appelé « fonds de garantie »), l'ACAM exige un plan de financement à court terme qui doit également être soumis à son approbation dans un délai d'un mois¹⁸.

Les sanctions administratives

Selon l'article L. 310-18 du Code des assurances, si un assureur se livre à des pratiques mettant en péril sa marge de solvabilité ou l'exécution de ses engagements d'assurance, l'ACAM, autorité publique indépendante, peut prononcer à son encontre ou à l'encontre de ses dirigeants, une ou plusieurs sanctions à l'issue d'une procédure contradictoire déclinée aux articles R. 310-18 et suivants du même code.

Disciplinaires ou pécuniaires, ces mesures coercitives ont une portée comminatoire qui leur vaut d'intégrer pleinement la prévention de la défaillance des entreprises d'assurances.

Les sanctions disciplinaires

L'ACAM peut prononcer, proportionnellement à la gravité du manquement reproché, une ou plusieurs des sanctions disciplinaires énumérées à l'article L. 310-18 précité : l'avertissement, le blâme, l'interdiction d'effectuer certai-

10. C. Ass., Art. L. 323-1-1, al. 1.

11. Sur ces mesures, voir le Rapport de l'ACAM pour 2007, p. 21

12. Sur ces autres mesures d'urgence et de sauvegarde, voir *infra*.

13. C. Ass., art. R. 323-8, al. 1.

14. C. Ass., art. R. 323-8, al. 4.

15. C. Ass., art. R. 323-1 II.

16. C. Ass., Art. R. 323-5.

17. C. Ass., Art. R. 323-2.

18. C. Ass., Art. R. 323-3.

nes opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité, la suspension temporaire d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, la démission d'office d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, le retrait total ou partiel d'agrément ou d'autorisation, le transfert d'office de tout ou partie du portefeuille des contrats.

Il est rappelé que l'ACAM peut décider de reporter sa décision à l'issue d'un délai qu'elle impartit à l'entreprise pour mettre fin aux prévarications qui lui sont reprochées.

Les sanctions pécuniaires

Au lieu ou en sus des mesures disciplinaires précitées, l'ACAM peut prononcer une sanction pécuniaire à l'encontre du contrevenant. Le montant de cette sanction est également fonction de la gravité des forfaits commis, sans toutefois excéder 3 % du chiffre d'affaires (hors taxes) réalisé par la société visée au cours du dernier exercice clos calculé sur une période de 12 mois. Ce plafond est porté à 5 % en cas d'une nouvelle violation de la même obligation.

Précisons que pour les sociétés de groupe d'assurances, le montant maximum de la sanction est défini par référence au chiffre d'affaires de celle des entreprises d'assurances incluses par intégration globale dans la liquidation ou la combinaison dont le total des primes émises au cours du dernier exercice clos est le plus élevé.

II. THÉRAPEUTIQUE

Lorsqu'en dépit de son action préventive, l'ACAM estime qu'un assureur n'est plus en mesure d'honorer ses engagements à l'égard des assurés, elle lui retire d'office son agrément et procède à sa liquidation

La directive 2001/17/CE précitée définit spécifiquement cette liquidation comme :

« une procédure collective entraînant la réalisation des actifs d'une entreprise d'assurances et la répartition du produit entre les créanciers, les actionnaires ou les associés, selon le cas, ce qui implique nécessairement une intervention de l'autorité administrative ou judiciaire d'un État membre, y compris lorsque cette procédure collective est clôturée par un concordat ou une autre mesure analogue, que la procédure soit ou non fondée sur l'insolvabilité ou qu'elle soit volontaire ou obligatoire. ¹⁹ »

Partant, quel est le sort des contrats d'assurances vie en telle circonstance ? Plus particulièrement, quels sont les droits des souscripteurs et bénéficiaires de ces contrats sur les actifs de l'assureur en liquidation ?

À cet égard, la directive 2001/17/CE prévoit en son article 10 que les créanciers d'assurances peuvent être protégés de deux manières :

- soit leurs créances se voient accorder sur les actifs représentatifs des provisions techniques de l'assureur un privilège absolu par rapport à toute autre créance,
- soit leurs créances bénéficient sur l'ensemble des actifs de l'assureur (représentatifs ou non des provi-

sions techniques) d'un rang spécial qui n'est primé que par les créances de salaires, de sécurité sociale, d'impôt et les droits réels.

Au regard de ces deux positions, que le Parlement européen juge équivalentes et cumulables ²⁰, le droit français a opté pour la seconde, tout en ajoutant à la protection des preneurs et bénéficiaires d'assurances de personnes l'intervention d'un fonds de garantie.

L'intervention du Fonds de garantie des assurances de personnes

À la suite de la liquidation de la compagnie Europavie ²¹, la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 a notamment créé un Fonds de garantie des assurances de personnes (FGAP) destiné à préserver les droits des assurés, souscripteurs, adhérents et bénéficiaires au titre de contrats d'assurances vie, de capitalisation, et d'assurance de dommages corporels (accidents et maladies) ²².

Le FGAP est une personne morale de droit privé (C. Ass., art. L. 423-4), gérée par un directoire agissant sous le contrôle d'un conseil de surveillance, et financée par les entreprises d'assurances de personnes qui doivent obligatoirement y adhérer ²³.

Lorsqu'à l'occasion de son contrôle, l'ACAM constate la défaillance d'une entreprise agréée en assurances de personnes (branches « vie » et/ou dommages corporels), elle décide, en marge du retrait d'agrément et de la mise en liquidation, de procéder au transfert des contrats d'assurances de l'entreprise défaillante en recourant au FGAP après consultation du président de celui-ci ²⁴.

L'ACAM notifie alors immédiatement sa décision à l'entreprise concernée, qui en informe à son tour ses assurés, et lance un appel d'offres en vue du transfert des contrats d'assurances de l'entreprise défaillante vers un assureur solvable. Dans ce cadre, l'ACAM doit retenir la ou les offres qui lui paraissent le mieux préserver l'intérêt des créanciers d'assurances, eu égard notamment à la solvabilité des entreprises candidates et aux taux de réduction des engagements qu'elles proposent.

Au terme de l'appel d'offres, deux issues sont susceptibles de se présenter : le transfert de portefeuille a lieu ou non.

En présence d'un transfert du portefeuille de contrats vers un nouvel assureur

Si l'ACAM retient un ou plusieurs assureurs capables de reprendre le portefeuille d'assurances de l'entreprise défaillante, elle prononce le transfert des contrats concernés et mentionne dans sa décision l'éventuel taux de réduction pour chaque type de contrats cédés. Il est

20. Dir. 2001/17/CE, cons. 13 et 15, art. 10.

21. Sur laquelle, J. Bigot, RGDA1998-1-1.

22. C. Ass., art. L. 423-1 et R. 423-2.

23. C. Ass., art. L. 423-1 et L. 423-3. Chaque entreprise d'assurances adhérente au FGAP doit lui verser annuellement une cotisation égale à 0,05 % du total de ses provisions mathématiques constatées au 31 décembre de l'année précédente, après déduction des trois quarts des provisions passées sur les contrats en unités de compte. Son encours s'élève aujourd'hui à 500 millions d'euros.

24. C. Ass., art. L. 423-2 I. Cette décision procède du pouvoir de sanction que l'ACAM tient de l'article L.310-18 précité du Code des assurances.

19. Dir. 2001/17/CE, art. 2 (d).

précisé que l'Autorité peut retenir un taux de réduction différent par ensemble de contrats présentant les mêmes caractéristiques²⁵.

Cette décision de transfert, publiée au Journal officiel, libère l'entreprise défaillante de tout engagement envers les créanciers dont les contrats ont été transférés à l'assureur cessionnaire.

Si, juridiquement, le transfert de contrats d'assurances s'analyse en une cession de créances et de dettes, techniquement, il s'agit d'un transfert des provisions et des actifs représentatifs correspondant aux engagements cédés. Partant, si dans le bilan de transfert, ces provisions sont surestimées ou les actifs correspondants sous-estimés, les bénéfices qui en découlent reviennent aux créanciers d'assurances dont les contrats ont été cédés.

En outre, la fraction des créances d'assurances non couverte par le transfert de portefeuille est garantie par un versement du FGAP au repreneur²⁶.

Suivant l'article R. 423-7 du Code des assurances, le montant de ce versement est :

- intégral, pour les prestations nées et exigibles à la date où l'entreprise cédante s'est vue notifier par l'ACAM sa décision de recourir au FGAP ;

- intégral, pour les prestations d'assurances dommages corporels et maladie lorsque ces prestations sont nées et exigibles entre (i) la date où l'entreprise cédante s'est vue notifier par l'ACAM sa décision de recourir au FGAP et (ii) la date de publication du transfert de portefeuille ;

- jusqu'à concurrence d'un montant de 70 000 euros pour les prestations à devoir ou à échoir après la date de notification du recours au FGAP, sauf pour les rentes de prévoyance (incapacité, invalidité, décès) qui voient le plafond de la reconstitution atteindre 90 000 euros.

En l'absence d'un transfert du portefeuille de contrats vers un nouvel assureur

Lorsque la procédure de transfert du portefeuille n'a pas abouti, l'ACAM en informe le FGAP qui, sur demande du liquidateur de l'entreprise défaillante, verse directement aux créanciers d'assurances les sommes qui leur sont destinées²⁷.

Ces sommes sont calculées sur la base des engagements arrêtés à la date de cessation des effets des contrats d'assurances. S'agissant des contrats d'assurance sur la vie, cette date de cessation est normalement celle conventionnellement fixée par la police d'assurance, sauf si l'ACAM fixe elle-même un terme qu'elle juge favorable aux assurés²⁸.

En toute occurrence, dans les deux mois à compter de la demande de versement émanant du liquidateur, le FGAP procède à un versement unique au profit de chaque créancier d'assurance contre la remise par celui-ci d'un récépissé.

Comme en l'hypothèse d'un transfert de portefeuille,

ce versement est également soumis aux limites édictées par l'article R. 423-7 précité. Ainsi, la reconstitution des droits de chaque créancier d'assurance, et quel que soit le nombre de contrats qu'il a souscrits auprès de l'assureur défaillant, est :

- intégrale, pour les prestations nées et exigibles à la date où l'entreprise cédante s'est vue notifier par l'ACAM sa décision de recourir au FGAP ;

- intégrale, pour les prestations d'assurances de dommages corporels (branche 1 et 2) lorsque ces prestations sont nées et exigibles entre (i) la date où l'entreprise cédante s'est vue notifier par l'ACAM sa décision de recourir au FGAP et (ii) la date de cessation des effets des contrats ;

- jusqu'à concurrence d'un montant de 70 000 euros pour les prestations à devoir ou à échoir après la date de notification du recours au FGAP, sauf pour les rentes de prévoyance (incapacité, invalidité, décès) qui voient le plafond de la reconstitution atteindre 90 000 euros.

Précisons que les sommes dues par le FGAP et non versées, portent intérêt au taux légal à compter de la date d'expiration du délai imparti au FGAP pour en effectuer le versement.

La liquidation de l'entreprise d'assurances

Que le transfert de portefeuille prospère ou échoue, l'entreprise défaillante se voit retirer tous ses agréments par l'ACAM²⁹. Cette décision de retrait entraîne de plein droit, à compter de sa publication, la dissolution et la liquidation de l'assureur déchu³⁰.

Jusqu'à la nomination d'un liquidateur, il revient au FGAP, éventuellement représenté par un administrateur provisoire, d'accomplir les actes nécessaires à la gestion du portefeuille ou de la partie de celui-ci qui n'a pas été transférée³¹.

La procédure de liquidation

Par le passé, la liquidation des assureurs faisait l'objet d'un régime spécial et ce n'était qu'après l'apurement du passif ou en cas d'insuffisance d'actif que le droit commun de la liquidation trouvait à s'appliquer. Depuis l'ordonnance n° 2001-350 du 19 avril 2001, cette configuration normative a profondément évolué. Désormais, la liquidation des organismes d'assurances est régie par le droit commun, sous réserve des dispositions spéciales du Code des assurances³².

Concrètement, la liquidation de l'entreprise défaillante est ouverte à la requête ou sur avis de l'ACAM qui nomme un liquidateur chargé de la vérification des créances d'assurances, ainsi que des actifs et passifs afférents³³. De son côté, le tribunal nomme également un liquidateur chargé, celui-ci, (i) de l'inventaire des actifs autres

25. C. Ass., art. R. 423-4.

26. C. Ass., art. L. 423-3.

27. C. Ass., art. R. 423-6.

28. C. Ass., art. L. 326-13, v. *infra*.

29. C. Ass., art. L. 423-2 V.

30. C. Ass., art. L. 326-2.

31. C. Ass., art. L. 423-2 V.

32. C. Ass., art. L. 326-2.

33. C. Ass., art. L. 326-2 et L. 310-25.

que couvrant des passifs d'assurances et (ii) des opérations de liquidation. Ces opérations de liquidation sont contrôlées par un juge-commissaire, également nommé par le tribunal, et assisté d'un ou plusieurs commissaires désignés par l'ACAM. Ce juge-commissaire peut à tout moment faire effectuer des vérifications sur pièce et sur place par les commissaires de l'ACAM³⁴.

Il est précisé qu'en dépit de cet apparent équilibre entre les organes émanant de l'autorité administrative et ceux désignés par le tribunal compétent, les principaux pouvoirs dans la direction et le suivi de la liquidation sont dévolus au liquidateur judiciaire et au juge commissaire sur lesquels l'ACAM ne dispose d'aucun pouvoir de contrôle.

Quoi qu'il en soit, dès l'ouverture de la procédure, chaque créancier d'assurance reçoit du liquidateur un avis l'informant du retrait d'agrément de son assureur³⁵. Cet avis, qui rappelle la législation applicable, est adressé par lettre recommandée au dernier domicile connu du souscripteur.

Par suite, il a été vu que les créances d'assurances sont garanties par le FGAP, soit par un versement à l'assureur cessionnaire (pour la partie non couverte par celui-ci), soit par un versement aux créanciers d'assurances en l'absence de transfert de portefeuille.

À hauteur des sommes qu'il a ainsi déboursées, le FGAP est subrogé dans les droits des créanciers d'assurances à l'encontre de l'entreprise défaillante³⁶. Par ailleurs, pour les sommes qui excéderaient le plafond de garantie du FGAP, ces créanciers peuvent également faire valoir leurs droits dans le cadre de la liquidation. Précisons que par dérogation au droit commun des procédures collectives, ni le FGAP, ni les créanciers d'assurances ne sont requis de déclarer leurs créances, ce qui les met à l'abri d'une éventuelle forclusion³⁷.

Lorsque l'intervention du FGAP n'a pas abouti à un transfert de portefeuille, nous avons vu que les contrats d'assurances vie se poursuivaient dans les conditions initialement fixées par les polices souscrites, quoique le liquidateur puisse toutefois surseoir au paiement de toutes sommes dues au titre des contrats. Plus précisément, après la publication du retrait d'agrément, les contrats souscrits par l'entreprise défaillante demeurent régis par leurs conditions générales et particulières tant que l'ACAM n'a pas pris l'une des décisions suivantes : « Fixer la date à laquelle les contrats cessent d'avoir effet, autoriser leur transfert en tout ou partie à une ou plusieurs entreprises, proroger leur échéance, décider la réduction des sommes payables en cas de vie ou de décès ainsi que des bénéfices attribués et des valeurs de rachat, de manière à ramener la valeur des engagements de l'entreprise au montant que la situation de la liquidation permet de couvrir. »³⁸

À cet égard, il est rappelé que si les engagements en

matière d'assurance vie sont forfaitaires et donc fixés par avance, le règlement immédiat de chaque bénéficiaire à hauteur de la provision mathématique de son contrat porterait atteinte au fonctionnement et à l'utilité même de celui-ci dans la mesure où, par essence, il repose sur une exigibilité différée. C'est la raison pour laquelle, la liquidation d'une entreprise agréée en assurance vie pourrait durer de nombreuses années, jusqu'à l'extinction des contrats souscrits ou leur transfert.

En toute hypothèse, chaque créancier d'assurance est directement avisé par le liquidateur des décisions prises par l'ACAM. Lorsque la décision de l'ACAM a pour effet de fixer la date à laquelle les contrats d'assurances vie cessent d'avoir effet, cette information intervient au plus tard vingt jours avant cette date de cessation. Par ailleurs, le versement des primes périodiques est suspendu dix jours après la nomination du liquidateur et jusqu'à la publication de la décision de l'ACAM fixant cette même date de cessation. Rappelons que c'est en fonction des engagements arrêtés à cette date que sera calculé le versement dû par le FGAP aux créanciers d'assurances dont les contrats n'ont pas été transférés³⁹.

Pour le surplus, les créanciers d'assurances auront sur l'actif de l'entreprise défaillante un droit assorti d'un privilège.

Le rang spécial des créances d'assurances

Les souscripteurs et les bénéficiaires de contrats souscrits auprès de l'entreprise défaillante ne sont pas les seuls créanciers de celle-ci. Il y a notamment le personnel de cette entreprise ou encore le Trésor public avec qui les créanciers d'assurances sont en concurrence, pour la partie de leurs créances non couverte par le FGAP, sur l'actif de l'assureur liquidé.

Au regard des options préconisées par la directive 2001/17/CE en matière de privilèges, il a été vu que la France a choisi d'octroyer aux assurés, non pas un privilège absolu sur les actifs représentant les provisions techniques, mais un privilège relatif sur l'ensemble des actifs de l'assureur (actifs réglementés et actifs libres).

L'actif global de l'organisme d'assurances est ainsi affecté par un privilège général (i) au règlement des prestations d'assurances et (ii) au remboursement des primes payées par les personnes ayant exercé leur droit à renonciation en application de l'article L. 132-5-1 du Code des assurances⁴⁰. En ce qu'il grève l'actif mobilier de l'assureur, ce privilège prend rang après le 6° de l'article 2331 du Code civil (i.e. après les frais de justice, les frais de maladie, les salaires...), et, s'agissant de l'actif immobilier, après le 2° de l'article 2375 du même code (i.e. après les frais de justice et les salaires).

Tous les créanciers d'assurances ont donc, sans distinction, le même droit privilégié sur l'entier patrimoine de leur assureur. Par exception, cependant, certains contrats d'assurances vie impliquent un cantonnement des actifs correspondants qui sont alors affectés au seul

34. C. Ass., art. L. 326-3.

35. C. Ass., art. R. 326-1.

36. C. Ass., art. L. 423-5.

37. C. Ass., art. L. 326-4.

38. C. Ass., art. L. 326-13.

39. Voir *supra*.

40. C. Ass., art. L. 327-2.

profit des bénéficiaires. Tel est le cas des plans d'épargne retraite populaire (PERP) et des opérations collectives libellées en unités de rente régies par les articles L. 441-1 et suivants du Code des assurances⁴¹. En ces hypothèses, les assurés concernés jouissent donc d'un privilège spécial sur la fraction du patrimoine de l'assureur dédiée à ces opérations.

Précisons également qu'en marge du privilège général des créanciers d'assurances, les immeubles faisant partie du patrimoine de l'assureur défaillant peuvent également être grevés d'une hypothèque légale.

En toute occurrence, les créances garanties par le privilège général ou l'hypothèque légale sont arrêtées au montant :

- des primes à rembourser par préférence en cas de renonciation au contrat,
- de la provision mathématique, le cas échéant (i) diminuée des avances sur polices, y compris les intérêts, et (ii) augmentée du montant du compte individuel de participation aux bénéfices, ouvert au nom de l'assuré, lorsque ces bénéfices ne sont pas payables immédiatement après la liquidation de l'exercice qui les a produits⁴².

On le voit, les preneurs ayant exercé la faculté de renonciation prévue à l'article L. 132-5-1 précité se trouvent dans une situation particulièrement confortable, d'autant que l'article L. 326-9 du Code des assurances prescrit au liquidateur de leur restituer par préférence les primes qu'ils ont versées⁴³.

Qu'elles soient prophylactiques ou curatives, les mesures qui viennent d'être exposées ne sont applicables qu'aux organismes d'assurances agréés en France. Par suite, un résident français qui aurait souscrit un contrat d'assurance vie auprès d'une entreprise agréée dans un autre pays européen, n'y pourrait prétendre dès lors que l'assainissement et la liquidation de celle-ci sont régis par le droit de l'État membre de son siège social (*lex concursus*)⁴⁴.

Pour exemple, le souscripteur français d'un contrat d'assurance vie proposé en libre prestation de services (LPS) par un assureur luxembourgeois ne bénéficierait pas de l'intervention d'un fonds de garantie comparable au FGAP en l'hypothèse d'une défaillance dudit assureur. En revanche, ce preneur jouirait d'un privilège absolu sur les actifs couvrant les provisions techniques de son assureur, étant précisé que ces actifs forment un patrimoine d'affectation.

En effet, l'article 39 de la loi luxembourgeoise du

6 décembre 1991 sur le secteur des assurances dispose que :

« L'ensemble des actifs représentatifs des provisions techniques constitue un patrimoine distinct affecté par privilège à la garantie du paiement des créances d'assurances. »

En particulier, les actifs représentatifs mobiliers sont déposés auprès d'un établissement agréé par le Commissariat aux assurances au titre d'une convention de dépôt réglementée stipulant obligatoirement que ces actifs (i) doivent être nettement séparés des autres engagements et avoirs de l'entreprise auprès du même établissement, (ii) ne peuvent pas faire l'objet d'une compensation avec ces derniers et (iii) ne peuvent pas être grevés de privilèges ou garanties autres que le privilège absolu des créanciers d'assurances⁴⁵. Ensuite, les assureurs luxembourgeois doivent tenir l'inventaire permanent de ces actifs représentatifs et en communiquer au Commissariat la situation trimestrielle⁴⁶.

Par leur dépôt et leur inventaire, les actifs représentatifs mobiliers sont donc affectés, avec les actifs représentatifs immobiliers, à un patrimoine spécialement dédié au privilège absolu des créanciers d'assurances.

Reste que ce privilège absolu porte uniquement sur l'actif représentatif des provisions techniques, de sorte que si cet actif se révélait insuffisant pour remplir intégralement les créanciers d'assurances de leurs droits, ceux-ci n'auraient sur l'actif résiduel qu'un privilège relatif pour le surplus de leur créance. Ce privilège sur l'actif non représentatif serait alors primé par d'autres privilèges tels que celui du Trésor, des organismes de Sécurité sociale, etc.⁴⁷

Précisons que les titulaires d'assurances vie liées à des fonds dédiés ne dérogent pas aux règles qui viennent d'être décrites⁴⁸. En d'autres termes, ils ne bénéficient d'aucun autre droit préférentiel sur les actifs du fonds dédié, dont l'assureur demeure propriétaire, et qui les placerait dans une situation privilégiée par rapport aux autres preneurs d'assurances⁴⁹. ■

41. Les opérations collectives libellées en unités de rente relèvent de la branche 26 visée à l'article R. 321-1 du Code des assurances. Suivant l'article L. 441-1 du même code : « Les entreprises d'assurances sur la vie sont autorisées à participer directement ou indirectement, notamment par la collecte de primes ou cotisations, par la constitution de capitaux payables en cas de vie, par la constitution et le service de retraites ou avantages viagers, à toute opération ayant pour objet l'acquisition ou la jouissance de droits en cas de vie dans laquelle un lien est établi entre la revalorisation des primes et celle des droits en cas de vie précédemment acquis et dont les actifs et les droits sont isolés de ceux des autres assurés et soumis aux conditions prévues au présent chapitre. »

42. C. Ass., art. L. 327-4.

43. Sur cette faculté de renonciation et le contentieux qu'elle génère, voir notamment : S. Gossou, *Banque et Droit*, n° 121 ; p. 76, P.-G. Marly, « La vigueur du formalisme informatif dans l'assurance sur la vie », *RDBF*, Sept.-Oct. 2006, p. 47.

44. Dir. 2001/17/CE, art. 4 et 9.

45. Règlement grand-ducal du 14 décembre 1994, art. 14 et 15.

46. L. 6 déc. 1991, art. 37. Le contenu et les modalités de cet inventaire sont décrits avec force détails dans la Lettre circulaire 08/4 du Commissariat en date du 9 avril 2008.

47. L. 6 déc. 1991, art. 40.

48. Un fonds dédié est un fonds interne ne comportant par de garantie de rendement et servant de support à un seul contrat. Le droit luxembourgeois autorise et réglemente les contrats d'assurances vie adossés à ces fonds internes. Toutefois, la possibilité pour un résident français de souscrire ce type de contrats demeure discutée compte tenu des exigences du Code des assurances sur la composition des unités de compte.

49. Let. Circ. 08/1, art. 5-3-5.