

La nature juridique du traité de réassurance

La réassurance est une activité économique très particulière tendant à prendre en charge une partie des risques dépassant les capacités de rétention des assureurs, leur permettant ainsi d'améliorer leurs résultats techniques. La plupart des législations n'incluent pas la réassurance dans leur code des assurances, il s'ensuit une situation de vide juridique posant problème en cas de survenance d'un différend, entre cédantes et réassureurs, d'où l'intérêt de tenter une qualification juridique du traité de réassurance.

Cet article vise à apporter un éclairage en droit marocain et droit comparé, sur la nature juridique de la convention de réassurance, afin de permettre aux praticiens, qu'ils soient assureurs, réassureurs, avocats, arbitres, ou experts appelés à se prononcer sur un litige en la matière, d'avoir des *guidelines* leur permettant de connaître les règles applicables au cas d'espèce, puisées la plupart du temps, aussi bien du droit commun que du droit spécial des assurances concerné.

Reinsurance is a very specific economic activity that aims to cover some of the risks exceeding the retention capacity of insurers, thus enabling them to improve their technical performance. Most legal systems do not include reinsurance in their insurance codes. This creates a legal void and may lead to problems in cases where disputes between transferors and reinsurers arise, hence the relevance of attempting to legally classify reinsurance treaties. This article aims to shed light on both Moroccan and comparative law as well as on the legal nature of reinsurance agreements so as to provide practitioners - be they insurers, reinsurers, lawyers, arbitrators, or experts involved in dispute settlement - with guidelines informing them of the rules applicable to the case in question. Such rules are generally drawn from both common law and relevant special insurance law.



Abdelatif Laamrani

Avocat aux Barreaux de Paris
et de Casablanca
Docteur en droit de l'Université Paris 1
Panthéon Sorbonne

« Demain est la traduction de deux maux que l'homme n'a cessé de tenter de combattre sans jamais parvenir à les vaincre, complémentaires et pourtant dissemblables, ils incarnent la peur existentielle de l'individu : l'incertitude de l'avenir proche et du devenir éternel. Contre le second, il est une issue: la religion. Contre le premier, un palliatif: l'assurance.¹ »

1. V. Nicolas, Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance : Thèse Caen, 1994, p.14.

1

Introduction

« *Le droit de l'assurance reste le parent pauvre de la recherche juridique au Maroc* », reprendre cette formule utilisée par la regrettée Zoulikha Nasri, dans sa thèse sur le droit de l'assurance au Maroc² serait un euphémisme concernant le sujet de la réassurance. En effet, on peut affirmer sans risque de se tromper que le sujet n'a été visité par la doctrine juridique marocaine que trop peu, voire jamais, et les derniers ouvrages qui l'effleurent à peine datent des années 80 du siècle dernier³.

La difficulté de son approche ou plutôt cette « indifférence » est due vraisemblablement à plusieurs facteurs, tout d'abord à une sorte de terminologie hermétique plus ou moins imperméable à la compréhension des profanes⁴, ensuite, peut-être aussi parce que l'on a cru à tort que seuls les cours et les tribunaux sont les compagnons obligés du juriste et qu'étant donné que cette matière est demeurée retorse à toute intervention judiciaire, elle est restée en marge de la doctrine juridique pure. Enfin, une autre difficulté a trait à la spécialisation des intervenants en ce domaine que constituent les actuaires, les souscripteurs et les financiers de l'assurance et de la réassurance, sans parler de la grande confidentialité qui entoure le règlement des sinistres entre assureurs et réassureurs, qui ajoute à la difficulté.

La réassurance est une activité financière *sui generis* permettant aux assureurs de couvrir une partie des risques qu'ils n'estiment pas pouvoir absorber, en raison de l'insuffisance de leur capacité de rétention financière ou de leur base de risques insuffisamment étoffée, pour permettre le phénomène de la mutualisation. Il s'ensuit que les rapports entre la compagnie d'assurance, que l'on appelle dans cette relation bien particulière « la cédante » et le réassureur, n'ont pas été réglementés par le législateur marocain, puisqu'ils échappent à l'empire du Code des assurances (loi du 3 octobre 2002 promulguant la loi n° 17-99 portant Code des assurances)⁵.

En France, depuis l'ordonnance du 13 juin 2008⁶, la réassurance appartient à un secteur réglementé et supervisé. Toutefois, il faut souligner que cette intégration n'a pas défini le régime juridique de cette opération, même en France.

Au vide juridique et à « l'indifférence » doctrinale, s'ajoute la disette, voire l'absence totale de jurisprudence. Les décisions de justice se comptent sur les doigts d'une seule main. Le contentieux entre assureurs et réassureurs ne manque pourtant pas, chacun le sait, mais il est traité dans le cadre de procédures arbitrales et les sentences ne sont pas destinées à être publiées. C'est la raison d'être de l'arbitrage

en réassurance⁷. Ainsi, l'idéologie de la confraternité (des métiers de l'assurance et de la réassurance) et un enthousiasme un peu naïf pour les dirigeants et les praticiens se sont traduits par une importance démesurée donnée à l'arbitrage : puisque réassureurs et cédants font partie du même corps et doivent s'entendre facilement pour peu qu'un homme sage, ayant leur confiance, les y aide !

En tout état de cause, l'intérêt du sujet est indéniable, il provient des questionnements que soulève la pratique de la réassurance au Maroc, et de la complexité que suscite le sujet pour le juriste chaque fois qu'un cas d'espèce de cette nature lui est posé, car, comme souligné précédemment, la réassurance échappe au Code des assurances, et ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique non plus.

En effet, la tâche première du juriste devant un contrat qu'on lui soumet pour avis, en amont - mais souvent en aval de la survenance d'un contentieux - consiste à lui donner un nom, à l'inclure dans une catégorie, à le classer. Cette qualification ne concerne pas que le classement, elle a également pour objet de « définir » un cas particulier en vue d'y appliquer un régime juridique⁸. La qualification a été définie comme étant « le procédé intellectuel consistant à rattacher un cas concret à un concept juridique abstrait reconnu par une autorité normative afin de lui appliquer [un] régime »⁹.

Pour toutes ces considérations, l'interprétation des traités de réassurance est un sujet incommode. Quoi qu'il en soit, la matière est régie par les règles d'interprétation du droit civil commun, et notamment le principe posé à l'article 462 du DOC qui dispose, *in fine*, que : « *Lorsqu'il y a lieu à interprétation, on doit rechercher quelle a été la volonté des parties, sans s'arrêter au sens littéral des termes ou à la construction des phrases.* »¹⁰

Avant de préciser la nature juridique du traité de réassurance, il convient tout d'abord de noter qu'il peut prendre plusieurs formes, il est soit sous forme d'une réassurance facultative, soit sous forme d'une réassurance en excédent de plein¹¹, soit enfin, sous forme de réassurance en excédent de sinistre ou de perte¹².

Avançons tout simplement et définitivement pour distinguer les traités en excédent de sinistre, des traités en excédent de plein. Les traités de réassurance en excédent de sinistre prévoient une limite au montant de l'engagement des réassureurs, cette limite est exprimée en somme. Aussi, ce type de traité non proportionnel stipule-t-il des clauses spécifiques, on peut citer notamment la clause susmentionnée dite de « partage du sort »¹³ et « la clause compromis-

2. Z. Nasri, *Le Droit de l'Assurance au Maroc* : Edition La Porte, Rabat, 1984. Thèse qui aura depuis sa soutenance à l'Université Jean Moulin de Lyon sous la direction de Madame le Recteur Yvonne Lambert-Favre un heureux destin et prédestinera Madame Zoulikha Nasri à la brillante carrière qui était la sienne.

3. H. Besri, *La réassurance au Maroc, l'expérience de la SCR*, préface de Mohamed Mernissi : éd. H. Besri, 1992.

4. V. à ce sujet : J. Kullmann, *Question de mots : de la réassurance à l'assurance* : RGDA 2016, n° 8-9 p. 381.

5. L'article 2 du Code des assurances l'exclut expressément de son champ d'application : « *Le présent livre ne concerne que les assurances terrestres. Il n'est applicable ni (...) aux conventions de réassurances conclues entre assureurs et réassureurs.* »

6. La directive 2005/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005, transposée dans le code des assurances par l'ordonnance n° 2008-556 du 13 juin 2008, a instauré une réglementation spécifique de l'activité des entreprises de réassurance calquée sur celle de l'assurance. Plus récemment, la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, dite *Solvabilité 2*, a modifié l'environnement réglementaire du secteur.

7. J. Bigot, *Le contrat d'assurance* : LGDJ 2016 p. 103. V. aussi RGDA 2001, p. 103, voir aussi Mikael Hagopian, *Quo Vadis Réassurance ?* : RGDA 2001, n° 2, p. 253.

8. F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* : LGDJ 1957, coll. Bibliothèque de droit privé, p. 2.

9. J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd. par J. Ghestin, C. Jamin, M. : LGDJ 2001, p. 77 (où se trouvent de multiples définitions de la qualification juridique).

10. L'ancien article 1156 du Code civil français : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* », aujourd'hui remplacé par l'article 1188 qui dispose : « *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.* »

11. Pour plus de développements au sujet des réassurances en excédent de plein, on peut consulter avec profit : M. Hagopian et M. Laparra, *Aspects théoriques et pratiques de la réassurance* : Argus 1991. V. aussi en anglais, des références plus récentes : I. Lampaert and J.F. Walhin, *On the Optimality of Proportional Reinsurance* : *Scandinavian Actuarial Journal*, (2005) 3, 225-239.

12. Les lecteurs intéressés par les classifications des multiples formes de traités de réassurance non proportionnels peuvent consulter avec profit les ouvrages classiques du droit français d'assurance et de réassurance : M. Hagopian et M. Laparra, *Aspects théoriques et pratiques de la réassurance* : *op. cit.* - J. Bigot, *Traité de Droit des assurances* : *op. cit.* p. 640 et s. - M. Picard et A. Besson, *Les assurances terrestres, Tome II, Les Entreprises d'assurances, Agents-courtiers- Réassurance- Marché Commun* : LGDJ 1977.

13. J. Bourthoumieux, *Le partage du sort dans la réassurance* : RGAT 1996-2, p. 235.

soire », ainsi que d'autres stipulations usuelles relatives à « la durée du contrat » aux « modalités de résiliation » et à l'éventuelle « contribution du réassureur à la provision pour sinistre restant à payer » que la cédante doit constituer en réassurance non proportionnelle¹⁴.

A ce stade, et avant de traiter le cœur de notre propos à savoir la véritable nature juridique de la convention de réassurance, il sied de tenter une définition de l'opération de réassurance, qui, sans faire l'unanimité de la doctrine peut être considérée comme majoritairement admise, elle serait ainsi un « contrat par lequel un réassureur (dit cessionnaire) vis-à-vis d'un assureur professionnel (dit cédant) qui répond seul est intégralement vis-à-vis des assurés des risques par lui assumés, prend en charge, moyennant rémunération, tout ou partie de ses risques, s'engageant à lui rembourser, dans des conditions déterminées, tout ou partie des sommes dues ou versées aux assurés à titre de sinistre¹⁵ ».

La doctrine classique, dans ses tentatives de trouver la nature juridique de la convention de réassurance, a avancé plusieurs théories.

La doctrine classique, dans ses tentatives de trouver la nature juridique de la convention de réassurance, a avancé plusieurs théories dont la plupart s'en trouvent aujourd'hui désuètes ou anachroniques, en l'occurrence, celle qui considère le traité de réassurance comme une société, ou comme une association en participation, ou encore comme un quasi-contrat de gestion d'affaires ou même une fidéjussion¹⁶.

Nous nous concentrons dans le cadre limité de cet article à passer en revue les théories juridiques les plus commentées, mais surtout celles ayant servi comme fondement à certaines sentences arbitrales les plus récentes rendues en la matière. Pour ce faire, nous adopterons un plan bipartite simplifié. Dans une première partie nous passerons en revue successivement et succinctement les théories de qualification juridique du traité de réassurance avant de s'intéresser dans une seconde partie à quelques conséquences de cette nature juridique ainsi révélée.

2

Les contours juridiques du traité de réassurance

Afin de qualifier juridiquement le traité de réassurance, plusieurs théories ont été avancées, les plus notables se sont borné à le considérer tantôt comme un contrat de cession (A), tantôt comme un mandat (B) ou bien un contrat d'assurance (C), et enfin, une théorie minoritaire l'a qualifié de convention *sui generis* (D).

A. UN CONTRAT DE CESSION

Une partie de la doctrine avait soutenu la théorie selon laquelle la convention de réassurance ne serait en fait qu'une cession, c'est-à-dire un transfert au réassureur des contrats d'assurance, mais certaines considérations techniques plaident contre cette théorie et engendrent son exclusion, et ce, malgré les mots « cédant » et « cessionnaire » qui sont, certes, utilisés couramment, mais uniquement par commodité de langage, ou en raison du développement d'une terminologie propre au monde professionnel de la réassurance, sans leur attacher de sens, ni d'effets juridiques précis. En effet, l'assureur ne transfère pas tout ou partie de la police d'assurance au réassureur, et *a fortiori*, la loi du contrat d'assurance n'est pas applicable aux relations que la convention de réassurance noue entre cédants et réassureurs, la convention de réassurance ne crée pas de lien juridique entre l'assuré de l'assureur et le réassureur auquel une partie des risques de l'assuré a été cédée par l'assureur.

Par ailleurs, le contrat de réassurance précise les modalités et les limites de l'engagement du réassureur qui ne coïncident pas forcément avec celles de l'engagement contracté par la cédante vis-à-vis de ses assurés.

B. UN CONTRAT DE MANDAT

D'autres auteurs ont estimé que la convention de réassurance devait s'analyser en un mandat donné par le réassureur, le mandant, à la cédante, son mandataire. Cette conception a été retenue par une juridiction de l'État de Pennsylvanie qui a décidé que dans l'espèce dont elle avait à connaître, le traité de réassurance prévoyait suffisamment de droits et de devoirs pour que l'assureur puisse être considéré comme le mandataire du réassureur. Or, ultérieurement, une cour d'appel de Californie a décidé au contraire que la cédante n'était pas le mandataire du réassureur.

À ce niveau, deux observations s'imposent. D'une part, le réassureur ne contracte aucune obligation envers les assurés de la cédante et d'autre part, l'assuré ne peut jamais agir directement contre le réassureur de son assureur¹⁷. Partant, cette théorie doit elle aussi être disqualifiée si l'on observe que le réassureur n'a aucun lien avec l'assuré final.

C'est alors que l'on s'est posé la question de savoir si l'opération de réassurance est ou non une opération d'assurance. En d'autres termes, la réassurance constitue-t-elle, sur le plan juridique, simplement une catégorie spécifique d'assurance ?

14. Dans les traités non proportionnels en excédent de sinistre, le réassureur ne participe pas à hauteur d'un pourcentage donné aux affaires réalisées et réassurées par la cédante, puisque la portion des pertes qu'il prendra en charge ne sera pas identique à ce pourcentage, c'est donc une prime de réassurance que la cédante va devoir payer en échange de la prestation du réassureur. De plus, la plupart des traités non proportionnels prévoient une limite au montant de l'engagement des réassureurs. Ces limites sont exprimées en somme dans les traités en excédent de perte et en excédent de perte annuelle et en pourcentage dans les traités en excédent de pourcentage de perte, ce pourcentage étant calculé à partir des éléments qui servent au calcul de la franchise.

15. J. Bigot, *Traité de Droit des assurances, Entreprises et organismes d'assurance* : *op. cit.*, p. 650.

16. Caution donnée pour le paiement de la dette d'un autre.

17. L'article 4 du Code des assurances marocain dispose que : « Dans tous les cas où l'assureur se réassure contre les risques qu'il a assurés, il reste seul responsable vis-à-vis de l'assuré ». Cet article est une reprise littérale de l'article L 111-3 du Code des assurances français.

C. UN CONTRAT D'ASSURANCE

La quasi-totalité des autorités judiciaires ainsi que la majorité de la doctrine estiment que la réassurance est en fait une opération d'assurance. C'est l'assurance de l'assurance. L'assureur a en quelque sorte, à titre primaire, pris envers les assurés des risques et en vue de se prémunir contre certains écarts, il se décharge sur le réassureur de tout ou partie de ces risques ou de leurs conséquences. Intervient alors entre assureur et réassureur une convention qui réunit les éléments de toute assurance à savoir : un risque, une prime et une prestation pécuniaire, qui est fonction du risque, c'est-à-dire d'un événement incertain.

Quoi qu'il en soit, globalement, le contrat de réassurance réunit les caractéristiques fondamentales du contrat d'assurance : il s'agit d'un contrat aléatoire, de nature indemnitaire et à titre onéreux. Si l'on peut définir l'assurance comme l'opération par laquelle un assureur s'engage à exécuter une prestation au profit d'une autre personne en cas de réalisation d'un événement aléatoire (le risque)¹⁸, en contrepartie de la perception d'une somme d'argent (la prime), c'est pour cela que l'on pourrait conclure que la réassurance est un type particulier d'assurance.

Aussi, le risque du réassureur dépend-t-il essentiellement de l'ampleur des sinistres de l'assureur, ce risque s'entend de la probabilité de survenance du sinistre et en cas de sinistre, de la possibilité pour celui-ci d'atteindre ou de dépasser une certaine importance. Quoi qu'il en soit, il est toujours fonction du risque originel pris en charge par l'assureur.

La doctrine et la jurisprudence anglo-saxonne s'en tiennent à cette conception, ce qui s'explique d'ailleurs par des considérations historiques, la réassurance en Grande-Bretagne ayant débuté par la couverture facultative des risques maritimes et s'étant développée selon ce mode, cette technique se rapprochait beaucoup d'une opération d'assurance. Dès le début du XIXe siècle, les tribunaux anglais affirment que toute convention de réassurance constitue un contrat d'assurance, à telle enseigne que les juridictions anglaises tiennent cela comme acquis et se bornent à en tirer les conséquences¹⁹. Il en est de même aux États-Unis, du moins pour ce qui est de la doctrine.

En France, on peut citer un jugement historique du tribunal civil de la Seine du 8 avril 1922 disposant que le contrat de réassurance est « un véritable contrat d'assurance dans lequel l'assureur primitif joue le rôle d'assureur à l'égard du réassureur », c'est d'ailleurs la jurisprudence constante de la Cour de cassation²⁰.

Ayant admis que l'opération de réassurance soit, juridiquement parlant, un contrat d'assurance, les tenants de cette théorie se sont posé ensuite la question de savoir quel est l'objet de cette forme d'assurance. Sur ce point il y a eu en Grande-Bretagne divergence entre la jurisprudence et la doctrine. Les juridictions anglaises, y compris la plus haute instance, la Chambre des Lords, a estimé que l'objet de toute opération de réassurance est le même que l'objet de la police qui est réassurée, mais la doctrine a élaboré une démarcation entre l'opération de réassurance qui a le même objet que celui de la police réassurée (il en est ainsi des deux modes facultatif et facultatif-obligatoire) et l'opération de réassurance qui a pour objet de garantir la responsabilité potentielle de la cédante (réassurance non proportionnelle). En revanche, pour ce qui a trait à la réassurance proportionnelle sous mode obligatoire, l'objet de la réassurance ne peut être déterminé qu'en fonction des dispositions mêmes de chaque traité.

18. Lamy Assurances, éd. Lamy, 2014.

19. J. Bigot, Traité de Droit des assurances, Entreprises et organismes d'assurance : *op. cit.* p. 651.

20. Cass. civ., 5 déc. 1950: RGAT 1951, p. 431; Cass. civ. 17 mars 1952: RGAT 1952, p. 169.

Or, comme le soutient une partie de la doctrine, cette thèse peut être écartée en relevant que « la réassurance n'est pas l'assurance des contrats d'assurance de l'assuré, mais une protection financière de l'assureur dans l'exercice de son activité. La définition du péril spécifique est donc secondaire. La réassurance protège avant tout un bilan et c'est seulement par ricochet que la survenance du péril assuré touche le réassureur. En ce sens, on peut dire que la réassurance est toujours financière²¹ ».

D'autres arguments ont été avancés pour s'opposer à la thèse du contrat d'assurance, notamment : l'assureur ne peut transférer tout ou partie d'une police d'assurance au réassureur, la loi du contrat d'assurance n'est pas applicable à la convention d'assurance, ou encore, la convention de réassurance ne crée pas de lien juridique entre l'assuré de l'assureur et le réassureur auquel une partie des risques de l'assuré a été cédée par l'assureur.

En tout état de cause, il vaut mieux, comme le soulignent les auteurs du Traité de Droit des assurances²² éviter de définir la réassurance comme étant « l'assurance de l'assurance » et lui substituer l'expression « assurance de l'assureur ».

D. UNE CONVENTION SUI GENERIS

Certains auteurs constituant un courant minoritaire, estiment que la convention de réassurance n'est pas un contrat d'assurance, mais doit s'analyser plutôt en un contrat synallagmatique, aléatoire, onéreux *sui generis* présentant des particularités spécifiques. Pour eux, l'objet essentiel de la réassurance est le partage d'un ou de plusieurs pertes entre l'assureur et le réassureur, alors que l'assurance a pour objet essentiel de mettre à la charge de l'assureur l'intégralité de chaque sinistre.

Quoi qu'il en soit, il faut bien constater que la nature juridique du contrat de réassurance, comme elle n'est pas prédéterminée par un texte de loi, doit être recherchée à l'aune de l'évolution de la pratique de la réassurance, qui, étant seconde à l'opération d'assurance, « calque » quelque part son évolution voire doit continuellement s'y préparer en l'anticipant. L'assurance a connu la globalisation, la mondialisation et le polymorphisme en proposant aux assurés des produits non assuranciers (d'assistance ou financiers, etc.) Dans cet effort d'adaptation de l'assurance, la réassurance la suit en proposant ni plus ni moins une protection financière du bilan de la compagnie d'assurance²³.

Par conséquent, suivant cette lecture, le traité de réassurance serait selon nous le contrat par lequel un assureur offrant déjà sa protection à ses assurés finaux se protège financièrement à son tour en assurant une deuxième fois auprès d'un réassureur, les écarts qu'il pourrait subir suite à la survenance de sinistres dépassant ses capacités propres. Face à ce besoin, la pratique a développé plusieurs montages juridico-financiers et des formules actuarielles permettant d'atténuer, voire d'annuler, les conséquences d'écarts par trop défavorables pour l'un ou l'autre des cocontractants par rapport à ce qu'ils avaient estimé d'un commun accord.

21. J. Speroni, Les contours de la réassurance en questionnement : Argus n° 7433-7434.

22. J. Bigot, *op. cit.* p. 652.

23. Le souci constant de toute entreprise s'applique naturellement à toute société d'assurance. Celle-ci entend protéger chacun de ses comptes annuels, non pas seulement les postes spécifiquement et uniquement dépendant des risques couverts par les polices qu'elle émet, mais aussi les autres postes du bilan, tout ce qui peut affecter défavorablement le résultat de chaque exercice. C'est la constance d'un solde positif qui importe, ce qui peut impliquer d'ailleurs la mise en pension d'une partie des gains d'un exercice particulièrement bénéficiaire. Un poste d'importance primordiale dans le bilan de la société d'assurance est celui de la provision pour sinistres restant à payer. V. M. Hagopian, Quo Vadis Réassurance ? : RGDA 2001, n° 2, p. 253.

Cette nature particulière du traité de réassurance engendre des effets juridiques fondamentaux sur la relation qu'entretiennent cédants et réassureurs.

3

Les effets de la nature juridique du traité de réassurance

Le traité de réassurance est autant un contrat « d'assurance de l'assureur » très spécifique, qu'une convention sui generis.

Comme nous venons de le voir, le traité de réassurance est autant un contrat « d'assurance de l'assureur » très spécifique, qu'une convention *sui generis* ayant développé des règles de fonctionnement particulières. Cette qualification juridique de l'opération de réassurance a naturellement certaines conséquences pratiques sur, d'une part, l'interprétation des clauses du traité lui-même, et d'autre part, sur l'applicabilité et la mise en œuvre de ses dispositions aux rapports juridiques entre les parties et notamment, en cas d'apparition d'un différend, le plus souvent lié à la survenance d'un sinistre important dans une police ayant fait l'objet d'une cession en réassurance.

Si la convention de réassurance est considérée comme une opération d'assurance, la législation régissant l'assurance classique doit, *ipso facto*, s'appliquer à la réassurance. Le Code des assurances français ne gouverne pas les opérations de réassurance. Tel n'est pas le cas du titre VII traitant du contrat d'assurance maritime, qui n'écarte pas explicitement la réassurance de son champ d'application. Devrait-on en déduire que la réassurance maritime reste gouvernée par les dispositions du titre VII ?

Au Maroc, en revanche, le Code des assurances exclut expressément de son champ d'application la réassurance, et il en est de même dans la plupart des législations étrangères concernant l'assurance. Les contrats d'assurance sont plus ou moins étroitement régis par des dispositions législatives ou réglementaires particulières, alors que le contrat de réassurance, lui, échappe à ce genre de contraintes. La police d'assurance est considérée comme un contrat d'adhésion nécessitant l'intervention des pouvoirs publics afin de protéger la partie la plus faible contre la partie la plus forte et la partie la moins bien informée contre la partie la plus « sachante ».

À l'inverse, le contrat de réassurance ne crée pas, par lui-même, de droits au profit des assurés de la cédante à l'encontre de son réassureur. Il ne crée pas de transmissibilité des droits de l'assuré. Ce n'est pas un mandat ni une cession de créance.

Le traité de réassurance peut être qualifié ainsi à la fois comme un contrat d'assurance de l'assureur sans pour autant qu'il soit défini

comme une opération d'assurance pure. Et ce, pour plusieurs raisons : d'abord, l'aléa de la réassurance est différent de l'aléa de l'assurance²⁴.

Ensuite, le caractère indemnitaire de la réassurance est primordial, même si la complexification de ses techniques engendre des interrogations²⁵. La réassurance ne se confond pas avec les paris ou les dérivés de crédit, étant donné qu'elle indemnise la perte de la cédante qu'elle ne saurait excéder et ne saurait constituer un moyen d'enrichissement. Autrement dit, la réassurance se rapproche plus de mesures de protection que de moyens de spéculation financière.

Et enfin, le critère principal de distinction entre la réassurance et l'assurance reste la nature du risque pris en charge par le réassureur. Il s'agit du risque de souscription des entreprises d'assurance et non pas des risques opérationnels comme l'incendie, les risques divers, la responsabilité civile décennale, etc., qui restent du ressort de l'assurance.

Toutes ces particularités du traité de réassurance engendrent plusieurs conséquences au niveau des rapports contractuels de la cédante avec son réassureur ; nous nous contentons d'examiner, en raison de leur importance primordiale, la notion de bonne foi et l'arbitrage comme moyen de règlement des différends en matière de réassurance.

A. L'IMPORTANCE PRIMORDIALE DE LA NOTION DE BONNE FOI

Nous avons vu qu'en règle générale, le contrat de réassurance échappe aux contraintes législatives et réglementaires qui régissent toutes les opérations d'assurance, c'est dire que les termes mêmes du contrat de réassurance, ses stipulations, ainsi que la commune intention des parties, sont autonomes. Seuls les principes dégagés par les us et coutumes de la profession gouvernent les rapports entre la cédante et le réassureur. Il s'agirait d'un corps de règles et d'usages que cédantes et réassureurs se sont engagés à respecter.

Toutefois, il faudrait souligner que ces usages doivent être conformes à l'acception juridique dégagée du droit commun, c'est-à-dire des pratiques qui, lorsqu'elles deviennent habituelles et donc coutumières, acquièrent force obligatoire pour les parties²⁶.

De ces usages découle un certain nombre de règles spécifiques, notamment le principe de la totale bonne foi, le principe du partage

24. Aléatoire, le contrat de réassurance l'est dans la mesure où la prestation des parties dépend de la survenance d'un événement incertain susceptible d'entraîner un déséquilibre significatif entre les prestations réciproques. L'aléa du contrat de réassurance est précisément l'aléa résultant du risque de souscription de la cédante. Comme nous l'avons relevé plus haut, l'aléa n'est pas nécessairement identique à celui du contrat d'assurance direct car la réassurance protège avant tout le bilan de la cédante. Cette caractéristique essentielle de la réassurance relève en dehors de son champ la réassurance dite finie (*Alternative risk transfer*) qui implique des transferts de risques trop limités ou inexistantes. Ces transferts de risques peuvent être limités par des mécanismes de participation aux bénéfices, de comptes d'expérience ou de remboursements échelonnés de l'indemnité de réassurance sous couvert de primes majorées sur plusieurs exercices. Il faut alors redonner leur juste nature juridique à ces conventions. V. J. Speroni, Les contours de la réassurance en questionnement : *op. cit.*

25. Il en est ainsi de ce qu'on appelle la réassurance paramétrique où le déclenchement de la couverture et le montant de l'indemnité du réassureur n'est pas fonction de la perte réelle de l'assureur mais d'un indice ou d'une modélisation des pertes subies par la cédante, cette perte modélisée et donc l'indemnité pourra excéder la perte réellement subie par la cédante.

26. Or, en matière de réassurance ces pratiques, même sur le plan européen, n'ont pas été codifiées. Il faut toutefois faire mention ici qu'après plusieurs années de travaux, il serait publié prochainement un Code européen de droit des assurances, initié par le groupe d'*Innsbruck* et le projet *The Principles of reinsurance international contract law*, initié par les 22 plus importants réassureurs du monde qui a réuni 12 professeurs venant de toutes les parties du monde à partir de janvier 2016 et qui doit aboutir en 2019.

du sort²⁷, celui de la participation aux bénéficiaires, ou encore des dépôts constitués par le réassureur²⁸.

Tous les contrats doivent être exécutés de bonne foi comme le prescrit en France le nouvel article 1104 du Code civil²⁹ et au Maroc l'article 231 du DOC qui dispose que : « *tout engagement doit être exécuté de bonne foi, et oblige, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

De plus, cette obligation habituelle prend une importance particulière en matière de réassurance, la base même des rapports entre cédantes et réassureurs est une totale bonne foi réciproque. En acceptant une cession, le réassureur fait entière et absolue confiance à son cédant. De part la nature même de l'opération de réassurance, le réassureur est, pour ainsi dire, livré à la discrétion de la cédante ou, dans une mesure certes variante suivant les cas d'espèces, mais toujours très large, le réassureur reste étranger aux relations qui se nouent entre la cédante et l'assuré, alors même que ces relations affecteront les engagements qu'il contracte à l'égard de sa cédante.

Quelle portée convient-il de donner au principe de partage du sort (corollaire de la bonne foi entre les parties), advenant lorsqu'un sinistre dépasse les prévisions dites SMP (*sinistre maximum possible*) ?

La doctrine a étudié cette question, une large majorité s'est prononcée en faveur d'une distinction entre fortune technique et fortune commerciale, le réassureur suivant la fortune technique du cédant, mais non sa fortune commerciale. Il devient alors malaisé de préciser le contenu de chacun de ces concepts. Pour notre part, nous estimons que le réassureur doit suivre le sort du cédant pour tout ce qui se rapporte aux obligations contractées par l'assureur vis-à-vis de ses assurés quant aux risques eux-mêmes objets des polices entrant dans le champ d'application de la convention de réassurance. Pour le reste il n'y a pas d'identité de sort.

Néanmoins, la question reste controversée puisque la pratique écarte souvent l'application de cette différenciation. Il est à noter aussi que la distinction entre fortune technique et fortune commerciale complique davantage les choses, si l'on admet que la réassurance est l'assurance de l'assurance.

B. L'ARBITRAGE EN MATIÈRE DE RÉASSURANCE

Une autre manifestation du principe de la totale bonne foi réciproque, de la confiance et de la collaboration étroite qui caractérisent la relation entre assureurs et réassureurs est que les traités de réassurance prévoient que tout différend pouvant surgir entre cédante et réassureurs relève de l'arbitrage.

Réassureurs et cédants sont des professionnels du risque et des *managers* de l'aléa, y compris l'aléa judiciaire qu'ils veulent apprivoiser, maîtriser voire neutraliser. C'est pour cela qu'ils rechignent à

soumettre leurs litiges aux juridictions étatiques, qui pourraient non seulement se méprendre sur les règles et les usages propres au domaine de la réassurance - comme nous l'avons évoqué précédemment - mais exposeraient, au nom de la publicité des débats, leurs contentieux sur la place publique.

Toutes ces considérations expliquent à la fois le recours systématique à l'arbitrage et le profil des arbitres appelés à se prononcer sur les litiges de cette matière³⁰, qui, aux termes mêmes de la clause compromissoire (les deux arbitres et très souvent le troisième arbitre ou le tiers-arbitre), devront être choisis parmi des professionnels dirigeants de sociétés d'assurance ou de réassurance. Les arbitres prennent leurs sentences en dernier ressort - la plupart du temps - par application naturelle du principe de bonne foi.

Les parties décident si leur arbitrage est institutionnel ou *ad hoc*, ensuite elles prévoient la constitution d'un tribunal arbitral composé d'un ou plusieurs arbitres en nombre impair, cette règle d'imparité mérite d'être rappelée tant les clauses d'arbitrage défaillantes prévoient un nombre pair d'arbitres sont fréquentes en matière d'assurance et de réassurance.

Les parties demandent très souvent à la formation arbitrale de statuer comme amiable-compositeur.

La clause compromissoire prévoit le plus souvent que les arbitres devront rendre leur sentence selon l'équité et l'usage plutôt que d'après le droit strict et rigoureux, ce qui implique qu'en fait, les arbitres agissent comme amiables-compositeurs³¹, ce qui est le cas même lorsque la loi applicable ignore l'amiable-composition, comme par exemple en Grande-Bretagne. Nous remarquons avec les auteurs du Traité du droit des assurances³² que ce principe est dans la pratique inversé en matière d'assurance car les parties demandent très souvent à la formation arbitrale de statuer comme amiable-compositeur : elles apprécient cette faculté d'introduire l'équité en complément des considérations juridiques. En France, le Règlement d'arbitrage

27. Le principe « d'extrême bonne foi » a conduit à l'émergence d'un « principe de base de la réassurance », comme le souligne Bourthoumieux : le partage du sort. Ce principe conduit à ce que le réassureur se retrouve en quelque sorte lié par les modifications intervenant dans le contrat cédé par l'assureur. V. J. Bourthoumieux, *Le partage du sort dans la réassurance* : RGAT 1996-2, p. 235.

28. Cette règle signifie que la cédante est seule tenue à l'égard des assurés, la réassurance étant pour eux, *res inter alios acta*, l'autorité de contrôle par exemple ne peut donc permettre à la cédante de représenter ses propres engagements par une créance contre le réassureur, alors surtout que les assurés possèdent pour la garantie de leurs droits un privilège sur l'actif du cédant.

29. L'ancien article 1134 du Code civil français se contentait d'un rappel laconique dans son troisième alinéa : « Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi. » Le nouvel article 1104, après la dernière réforme du Code civil, est plus disert il dispose : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.* »

30. Sur les critères de sélection des arbitres dans un litige de réassurance, la *High Court* d'Angleterre et du Pays de Galles s'est prononcée dans un arrêt récent sur l'interprétation de l'exigence d'un arbitre ayant 10 ans d'expérience en assurance ou en réassurance dans le cadre de clauses standards de marché (*High Court of Justice, England and Wales, 6 nov. 2017, No. CL-2017-000452, Tonicstar Ltd Et ors c/ Allianz Insurance Plc Et Anor*). L'affaire portait sur un énième litige sur la réassurance des pertes résultant des événements du 11 septembre 2001. Les parties avaient conclu un traité de réassurance incorporant des clauses standards de marché, les *Joint Excess Loss Committee, Excess Loss Clauses*. Ces clauses contiennent une clause d'arbitrage prévoyant notamment que, « sauf si les parties en conviennent autrement, le tribunal arbitral devra être constitué de personnes n'ayant pas moins de dix années d'expérience de l'assurance ou de la réassurance ». Les réassureurs avaient désigné un avocat *Queen's Counsel* ayant plus de dix ans de pratique du droit des assurances. V. D. Méheut, Critère de sélection des arbitres dans un litige de réassurance : *L'Essentiel Droit des assurances* 2018, n° 1, p. 7.

31. En application de l'article 327-18 du Code de procédure civile marocain et de l'article 1474 du Code de procédure civile français, lorsque les parties décident dans leur contrat ou dans une convention de recourir à l'arbitrage en cas de litige les opposant, elles peuvent donner à l'arbitre ou aux arbitres le pouvoir de statuer « comme amiables compositeurs ». Dans ce cas les parties dispensent les arbitres de l'obligation qui leur est faite de statuer en appliquant les règles du droit, ce qui revient à les autoriser à statuer en équité en recherchant la solution la plus adéquate (Cass. 2ème civ., 10 juill. 2003, n° 01-16964 : *JurisData* n° 2003-019932).

32. J. Bigot (dir), *Le traité de droit des assurances, le contrat d'assurance*, Tome III : LGDJ 2016, p. 2311.

CEFAREA-CMAP³³ témoigne de cette pratique dans son article 23 : « le tribunal statue comme amiable compositeur – *ex aequo et bono*³⁴ – sauf si les parties en sont convenues autrement dans la convention d'arbitrage ».

Enfin, la clause compromissoire prévoit les délais dans lesquels (i) les parties doivent choisir leurs arbitres, (ii) les arbitres choisir le troisième arbitre ou le tiers-arbitre et (iii) le tribunal arbitral rendra sa sentence.

Etant donné le caractère transfrontalier de l'activité de réassurance, qui s'exerce la plupart du temps hors des frontières nationales des compagnies de réassurance, ainsi que l'objet même de la réassurance, qui vise techniquement *in fine* la dissémination et la dispersion des risques couverts par les assureurs, les cessions de réassurance sont de plus en plus souvent sujettes au droit international privé. La contrainte majeure en ce domaine réside dans le fait que les législations nationales régissant l'arbitrage ne prennent guère en considération les aspects spécifiques de la réassurance, en dépit des efforts faits pour réduire les particularités nationales, chacune de ces législations a conservé les siennes.

C'est ainsi que pour prévenir toute difficulté ultérieure, la clause compromissoire doit prévoir la localisation du siège du tribunal arbitral. Ce sera la plupart du temps le pays de la cédante. Aussi importe-t-il que soit précisée dans la clause compromissoire la loi qui régira la convention de réassurance. Car en effet, les limites exactes de la clause compromissoire voire même, dans certains cas, sa validité, vont dépendre de la loi qui régira le traité de réassurance.

Le fait de ne pas préciser la loi applicable constituerait une source supplémentaire possible de contentieux, ce qui met souvent les parties en opposition quant à sa détermination, d'autant plus que les législations ou les jurisprudences nationales ne sont pas unanimes quant à la loi applicable en cas de survenance d'un conflit entre cédants et réassureurs. En outre, lors de la rédaction de la clause compromissoire, il faudra naturellement veiller à ce que son libellé même soit en harmonie avec ladite loi et ne prête à aucune confusion.

Dans la pratique, fréquemment, le traité de réassurance et, bien entendu, la clause compromissoire, sont rédigés par la cédante, mais parfois, c'est le courtier/intermédiaire en réassurance même qui les écrit (comme le veut l'usage dans le marché de Londres). C'est pour cela qu'assureurs et réassureurs doivent faire preuve de vigilance et fassent réviser le traité de réassurance par un conseiller externe qui examinera en profondeur les dispositions du traité et le texte de la clause compromissoire, pour éviter qu'elle ne comporte des vices juridiques réhabilités exposant la sentence arbitrale à la nullité³⁵.

La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. Alors même qu'il ne s'agisse que d'une autorité relative de chose jugée (article 327-26 du Code de procédure civile marocain), qui ne s'impose donc qu'entre les parties. Par dérogation à la règle de l'effet relatif des sentences arbitrales (article 327-35 du Code de procédure civile marocain), la sentence rendue à l'encontre de l'assuré sera opposable à l'assureur même lorsque ce dernier n'a pas été partie à l'arbitrage. Ce n'est pas tant à cause d'une autorité de chose jugée que parce que la sentence qui condamne l'assuré constitue un fait que l'assureur ne peut contester. Cela peut s'expliquer, comme en matière judiciaire, par le fait que la sentence rendue à l'encontre de l'assuré constitue la preuve du sinistre à l'égard de l'assureur de responsabilité.

La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance *d'exequatur* émanant du tribunal dans le ressort duquel cette sentence a été rendue. A cet effet, la minute de la sentence accompagnée d'un exemplaire de la convention d'arbitrage, avec une traduction, le cas échéant, en langue arabe (au Maroc), est déposée par l'un des arbitres ou par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction dans les sept jours francs de son prononcé (article 327-31 du Code de procédure civile marocain).

La sentence arbitrale n'est susceptible en principe d'aucun recours sous réserve du recours en rétractation, en tierce-opposition ou en annulation, « les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un recours en annulation dans les formes ordinaires devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle elles ont été rendues » dispose l'article 327-36 du Code de procédure civile marocain.

33. En France il désigne le CMAP – Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris – près la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, à qui le CEFAREA a délégué l'administration des arbitrages. Le CEFAREA, le Centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance association régie par la loi de 1901, fut créé à Paris le 10 janvier 1995 sous l'égide de la section française de l'Association internationale du droit de l'assurance (AIDA) Il regroupe des membres variés : outre des personnes physiques, on peut dénombrer des sociétés d'assurance et de réassurance françaises et étrangères ainsi que le marché du Lloyd's de Londres, des sociétés de courtage d'assurance et de réassurance, des entreprises industrielles et commerciales utilisatrices d'assurance et des cabinets d'avocats français et étrangers spécialisés en matière d'assurance et de réassurance. La mission du CEFAREA a initialement été de promouvoir l'arbitrage, en particulier en réassurance. Désormais la mission principale du CEFAREA est de promouvoir l'arbitrage ou la médiation comme modes de résolution les mieux adaptés pour tout litige d'assurance ou de réassurance, ce domaine s'étendant à l'intermédiation en assurance et en réassurance.

34. C'est-à-dire «selon ce qui est équitable et bon». L'arbitre qui statue comme amiable compositeur juge *ex aequo et bono*.

🔍 Réassurance – Convention – Qualification – Maroc Reinsurance – Agreement – Nature – Morocco

35. Il faut savoir par exemple qu'encourt la nullité la sentence qui n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix (article 327-24 du Code de procédure civile marocain).

يعد إعادة التأمين نشاطاً اقتصادياً ذا خصوصية كبيرة، يقتضي من المؤمنين تحمل جزءاً من المخاطر التي تتعدى قدرتهم. بما أن جل التشريعات لا تضمن إعادة التأمين في نص قانون التأمين، فإن حالة الفراغ القانوني تخلق إشكالات حين نشوب نزاع بين الأطراف، وهو ما يدفع إلى محاولة إيجاد توصيف قانوني لعقد إعادة التأمين. يهدف هذا المقال إلى تقديم إضاءة حول الطبيعة القانونية لعقد إعادة التأمين في القانون المغربي والقانون المقارن وذلك لتمكين المهنيين، سواء كانوا شركات تأمين أو إعادة تأمين، محامين، محكمين، أو مختصين مطالبين بالبت في نزاع، من مبادئ إرشادية تحول لهم معرفة القواعد المطبقة في المجال، والمستقاة غالباً من القواعد العامة والخاصة لقانون التأمين.

BIOGRAPHY

MAÎTRE ABDELATIF LAAMRANI est avocat aux barreaux de Paris et de Casablanca. Docteur en droit de l'Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne, diplômé de l'ESSEC, titulaire d'un DESS en droit des affaires de l'Université de Montréal et d'un DESS en droit des assurances de l'Université de Casablanca, il est fondateur et associé gérant du cabinet d'avocats spécialisé en droit des affaires Laamrani Law Firm. Son champ d'activité couvre tous les secteurs du droit des affaires : le secteur financier (banque et assurance), industriel, notamment les mines, la pharmacie, les infrastructures et l'agroalimentaire, le secteur des services notamment dans les domaines du droit des assurances, de l'agriculture, des technologies de l'information, de la communication et du secteur immobilier.

MAIN BIBLIOGRAPHY

Ouvrages et thèses :

- ▶ J. Bigot (dir.), J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, V. Nicolas et Véronique Nicolas, Droit des Assurances, T. III, Le Contrat d'Assurance : LGDJ, 2002.
- ▶ J. Ghestin (dir.), Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3^e éd. par J. Ghestin, C. Jamin, M. : LGDJ 2001.
- ▶ M. Hagopian et M. Laparra, Aspects théoriques et pratiques de la réassurance : L'Argus 1991.
- ▶ V. Nicolas, Droit des Contrats d'assurance : Economica 2012.
- ▶ V. Nicolas, Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance : Thèse Caen, 1994.
- ▶ M. Picard et A. Besson, Les assurances terrestres en droit français, T. I, Le contrat d'assurance : LGDJ 1982.
- ▶ M. Picard et A. Besson, Les Assurances Terrestres en droit français, T. II, Les entreprises : d'assurance 1974.
- ▶ F. Terré, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications : LGDJ 1957, coll. Bibliothèque de droit privé.

Articles

- ▶ J. Bourthoumieux, Le partage du sort dans la réassurance : RGAT 1996-2, p. 235.
- ▶ J.-C. Dubarry, E. Loquin, Clause compromissoire. Domaine, Groupe de contrats, Clause contenue dans l'accord de principe, Extension : RTD com. 1992.591.
- ▶ H. Groutel, Mise au point sur les pouvoirs de représentation de l'apériteur dans la coassurance : RCA 2002, n° 1, chr. 1.
- ▶ M. Hagopian, Quo vadis réassurance ? : RGDA 2001 n° 2001-2, p. 253.