

Mai 2021

La captive d'assurance, un assureur comme les autres soumis aux mêmes exigences réglementaires.

- La multiplication des crises (sanitaire, économique, climatique, sécuritaire) et l'émergence de nouveaux risques difficilement assurables tels que la cybercriminalité ou les pandémies exigent le déploiement de solutions de transfert de risques innovantes au sein des captives d'(ré)assurance¹. En période de hausses tarifaires, de remontée du niveau des franchises et de raréfaction des capacités, les demandes d'études de clients auprès des courtiers et des assureurs sur la mise en place de captives d'(ré)assurance vie et non-vie se multiplient.
- Les captives d'(ré)assurance, constituées sous forme de filiales de sociétés, couvrent les risques et gèrent les sinistres associés aux groupes commerciaux ou industriels auxquels elles appartiennent. Le fonctionnement est le suivant : la captive d'assurance collecte les primes d'assurance auprès de l'ensemble des entités du groupe pour des risques déterminés. En cas de sinistre, la captive d'assurance indemnise la structure impactée selon des conditions contractuelles. La captive de réassurance passe une convention avec un assureur fronteur qui collecte les primes pour son propre compte et celui de la captive. En cas de sinistre, la captive est sollicitée par l'assureur à hauteur des montants déterminés au préalable. La gestion des sinistres d'une captive peut être externalisée notamment auprès d'un assureur ou d'un intermédiaire d'assurance.
- Les captives d'(ré)assurance sont régies par leur droit national de domiciliation. Les entreprises captives d'(ré)assurance dont le siège social est situé en France sont ainsi définies au code des assurances :
 - Article L.350-2 du Code des assurances « *L'expression : "entreprise captive d'assurance" désigne une entreprise mentionnée à l'article L. 310-1 qui est détenue soit par une entreprise financière, autre qu'une entreprise mentionnée à l'article L. 310-1 ou au 1° du III de l'article L. 310-1-1 ou qu'une entreprise participante au sens du 3° de l'article L. 356-1, soit par une entreprise non financière, et qui a pour objet la fourniture d'une couverture d'assurance portant exclusivement sur les risques de l'entreprise ou des entreprises auxquelles elle appartient, ou bien les risques d'une ou plusieurs autres entreprises du groupe dont elle fait partie.* »
 - Une captive de réassurance ou "entreprise captive de réassurance" désigne une entreprise mentionnée au 1° du III de l'article L. 310-1-1 qui est détenue soit par une entreprise financière, autre qu'une entreprise mentionnée à l'article L. 310-1 ou au 1° du III de l'article L. 310-1-1 ou qu'une entreprise participante au sens du 3° de l'article L. 356-1, soit par une entreprise non financière, et qui a pour objet la fourniture d'une couverture de réassurance portant exclusivement sur les risques de l'entreprise ou des

¹ Pour François Beaume, vice-président risques et assurances de Sonepar et vice-président de l'AMRAE, il est évident qu'une bonne partie du financement des risques va rester en interne. "80% des risques ne sont pas assurés ou pas assurables." AMRAE 02/2021-DAFMAG.FR Eve Menesson -03/03/2021 « -quelle stratégie en termes d'assurance en cette période de crise ? »

entreprises auxquelles elle appartient, ou bien les risques d'une ou plusieurs autres entreprises du groupe dont elle fait partie. »

- Les articles L 310-1 et L 310-1-1 II du Code des assurances précisent que les entreprises exerçant des activités de (ré)assurance dont le siège social est situé en France sont soumises au contrôle de l'Etat.
- Si 90% des entreprises listées à Fortune 500² utilisent des captives et 80% des sociétés du CAC 40 en sont équipées, seules cinq d'entre elles sont domiciliées en France (Veolia, L'Oréal, Dassault, Ariane Espace et Worldline) et bénéficient d'un agrément de l'ACPR, la plupart étant notamment domiciliées au Luxembourg, à Malte, en Irlande, dans les Iles Caïmans ou aux Bermudes. Environ 80 % des captives sont des captives de réassurances fonctionnant en fronting. Historiquement utilisées par les multinationales et les grands groupes, les captives d'assurance commencent à intéresser les ETI et grandes PME.
 - Or, si une captive peut offrir des avantages commerciaux, économiques et d'optimisation fiscale pour ses propriétaires résultant de la réduction des coûts de gestion des risques, la couverture dont ils bénéficient se voulant plus adaptée aux spécificités d'une entreprise que celle proposée par les polices disponibles sur le marché de l'assurance traditionnel, elles n'en présentent pas moins des contraintes non négligeables en termes d'organisation, de risk management, d'obligations financières et d'exigences réglementaires.
 - Souvent considérées comme des vecteurs d'optimisation fiscale localisés dans des paradis fiscaux les nouvelles générations de captives sont des sociétés d'(ré)assurances agréées auprès des autorités de contrôle prudentiel, à l'instar des compagnies ad hoc, et sont de ce fait en Europe soumises aux mêmes réglementations telles que la Directive européenne Solvabilité II actuellement en cours de révision³. La France prévoit quelques aménagements dans la mise en œuvre de cette Directive particulièrement stricte tels que par exemple l'exemption du comité d'audit⁴, des obligations d'informations à l'ACPR allégées s'agissant du rapport sur leur solvabilité et leur situation financière⁵, ou encore une simplification des modalités de calcul de solvabilité.⁶
 - La rigueur des réglementations fiscales européennes incite les entreprises à domicilier leurs captives d'(ré)assurance en dehors de l'Union Européenne pour tenter de contourner leurs obligations réglementaires liées notamment à la Directive Solvabilité II. Ceci suppose une analyse précise des réglementations locales hétérogènes.
En effet, dans les îles Caïmans les 703 captives d'assurance utilisées à 90% pour le marché nord-américain sont régies par le code des assurances de 2010 renforçant les pouvoirs de

² liste des 500 premières entreprises américaines

³ Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 dite Solvabilité II : Pilier I - des exigences quantitatives, c'est-à-dire les règles de valorisation des actifs et des passifs, ainsi que les exigences de capital et leur mode de calcul ; Pilier 2 - des exigences de gouvernance lesquelles regroupent d'une part les exigences qualitatives, en premier lieu les règles de gouvernance et de gestion des risques, et d'autre part l'évaluation propre des risques de la solvabilité (Own Risk and Solvency Assessment - ORSA).; Pilier 3- des exigences concernant la communication d'informations au public et aux autorités de contrôle. La Directive vise à harmoniser au niveau européen les informations publiées par les organismes d'assurance ainsi que celles remises aux superviseurs. L'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (Eiopa) a présenté en 2020 à la Commission européenne ses avis sur le bilan et des changements à la marge à apporter à la Directive Solvabilité II.

⁴ Art. L. 322-3 du Code des assurances

⁵ Art. R. 355-5 du Code des assurances

⁶ Art. R. 352-10 du Code des assurances

l'autorité de contrôle CIMA («Insurance Supervision Division of the Cayman Islands Monetary Authority»). Toutefois, la réglementation qui se veut «business friendly» est beaucoup plus souple qu'au sein de l'Union Européenne et le législateur local n'envisage pas de s'inspirer des dispositions telles que celles de la directive Solvabilité II considérée comme trop complexe, coûteuse et inappropriée pour une gestion de captives.

En revanche, les îles Bermudes ont adopté une réglementation équivalente à celle de Solvabilité II visant à démontrer leur engagement à renforcer un dispositif réglementaire sur le modèle adopté en Europe⁷.

- **Au-delà de la Directive Solvabilité II les captives d'(ré)assurance sont soumises aux mêmes réglementations qu'un assureur classique s'agissant des obligations de suivi et de contrôles** en matière de risques de fraude, de violations de données à caractère personnel, de lutte contre la corruption, ou de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Sur ce dernier point les captives d'assurance ayant leur siège social régulièrement établi en France, ainsi que les entreprises étrangères exerçant à partir de leurs succursales établies en France ou dans les Etats membres de l'Union Européenne en LPS, font parties des organismes visés par les dispositions de l'article L 561-22° du Code monétaire et financier⁸ lequel fait référence cumulativement aux dispositions des articles L. 310-1 et L. 310-2⁹ du Code des assurances.

⁷ L'autorité régulatrice Bermuda Monetary Authority (BMA), a été validée en 2016 par le Parlement européen comme autorité de niveau équivalent et conforme aux exigences de la Directive Solvabilité II.

⁸ Art. L 561 -2 2° du Code monétaire et financier : « *Sont assujettis aux obligations prévues par les dispositions des sections 2 à 7 du présent chapitre : (...) 2° Les entreprises mentionnées aux articles L. 310-1 et L. 310-2 du code des assurances (...)* »

⁹ Art. L 310 -2 du Code des assurances « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 310-10, les opérations d'assurance directe définies à l'article L. 310-1 ne peuvent être pratiquées sur le territoire de la République française que :*

1° par les entreprises ayant leur siège social en France, à partir de leur siège ou de leurs succursales régulièrement établies dans un Etat membre de l'Union européenne, lorsqu'elles sont agréées conformément aux dispositions de l'article L. 321-1 ;

2° par les entreprises étrangères ayant leur siège social dans un Etat membre de l'Union européenne, à partir de leur siège ou de leurs succursales régulièrement établies dans un Etat membre des Communautés européennes, dans les conditions fixées par le titre VI du présent livre ;

3° par les entreprises étrangères mentionnées à l'article L. 310-10-1, à partir de leurs succursales régulièrement établies en France, lorsqu'elles sont agréées conformément aux dispositions de l'article L. 321-7 ;

4° par les entreprises étrangères autres que celles mentionnées aux 2° et 3° ci-dessus, à partir de leurs succursales régulièrement établies en France, lorsqu'elles satisfont aux conditions fixées par l'article L. 329-1.

II. – Sans préjudice de l'article L. 143-1, les opérations mentionnées à cet article peuvent également être pratiquées sur le territoire de la République française par les institutions mentionnées à l'article L. 370-1, dans les conditions fixées par le titre VII du présent livre.(...) »

-Art L 310-10 du Code des assurances : « *Il est interdit de souscrire une assurance directe d'un risque concernant une personne, un bien ou une responsabilité situé sur le territoire de la République française auprès d'entreprises étrangères autres que celles visées à l'article L. 310-2. Toutefois, les dispositions de l'alinéa ci-dessus ne sont pas applicables à l'assurance des risques liés aux transports maritimes et aériens. En outre, il peut être dérogé aux dispositions du précédent alinéa sur décision de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution s'il est constaté qu'une couverture d'assurance d'un risque ne peut être trouvée auprès des entreprises d'assurance visées à l'article L. 310-2. »*

Les captives d'(ré)assurance sont donc susceptibles de faire l'objet de contrôles d'autorités administratives et de sanctions administratives de la part de la CNIL ou de l'ACPR en cas de non-respect des réglementations. S'agissant de la problématique anti-corruption, une entreprise française répondant (ou pas) aux critères de la Loi du 9 décembre 2016 dite Loi Sapin 2¹⁰, est susceptible de faire l'objet d'un contrôle par l'AFA (Agence Française Anticorruption) sur son programme de lutte anti-corruption et de suivi des flux financiers y compris dans ses filiales françaises et étrangères. Rappelons que les manquements aux règles internes de conformité d'entreprise sont caractéristiques d'une faute susceptible de mettre en jeu la responsabilité de ses dirigeants¹¹.

- Au surplus, les autorités de contrôle sont attentives aux dispositifs de gestion et aux dispositions contractuelles qui lient les assureurs et/ou les intermédiaires en assurance avec les captives dans le cadre des délégations de gestion de contrats et/ou de sinistres ainsi qu'à la mise en œuvre effective des mesures de contrôles pour minimiser les risques, même si à notre connaissance aucun acteur de l'assurance n'a fait l'objet à ce stade d'un contrôle et de sanctions administratives sur le fondement d'un défaut de respect des réglementations dans le cadre de la gestion de captives d'(ré)assurance.
- Si le contexte réglementaire actuel semble se durcir et ne pas être favorable aux captives, il participe également à la transparence de leur gestion et à leur légitimation, elles doivent faire face aux mêmes contraintes que les assureurs traditionnels. Le risk management ou la gestion des enjeux financiers, réglementaires et stratégiques des entreprises dans une approche par les risques est donc clé.

¹⁰ L'article.17 de la loi n°2016-1691 du 9/12/2016 dite Loi Sapin 2 fixe les critères à un chiffre d'affaires supérieur à 100M€ et un effectif de 500 salariés, toutefois les dernières Recommandations de l'AFA confirment sa compétence extraterritoriale et l'extension de son périmètre d'intervention. (Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme – 04/12/2020)

¹¹ Ref. notre article du 17/06/2020 – www.fb-conseil.net