

**Groupe de Travail transverse Apériteur / Référent  
Note de Synthèse**

<b>Instances</b>	<i>Commission Réassurance de la FFA Comité Non Vie APREF</i>
<b>Membres</b>	<p><b>Président : Anselme Mirande (APREF)</b>  <b>Vice-Président : Christophe Valéro (FFA)</b></p> <p><b>FFA : Marielle Digoude-Lefevre, Corinne Guichard, Kouara Prigent, Anne Stefani, Christophe Delcamp,</b>  <b>APREF : Alice Beguin, Lynda Heroui, Jean-Michel Meurice, Elisabeth Rousseau</b>  <b>Permanent FFA : Grégory Gaudet</b>  <b>Permanent APREF : Bernard Durand</b></p>

**Rappel des objectifs du Groupe de Travail**

- Réaliser un état des lieux des différentes clauses d'apéritition existantes. Notamment évaluer le champ d'intervention et les implications pour les réassureurs suiveurs.
- Clarifier le cadre juridique applicable. Que peut-on faire ? Que ne peut-on pas faire ?
- Explorer l'alternative du statut de référent. Avantages/Inconvénients
- Traiter la problématique des traités interconnectés.

**Table des matières**

- Préambule
- Clarification du cadre juridique
- Pratiques de la profession en matière de clause d'apéritition/référent
- Recommandations du Groupe de Travail

## Executive Summary

September 2019

# Leader's and referent's clauses

Leader's clauses in reinsurance (and to a lesser extent referent's clauses) are widely used on the French market. They are designed to simplify the interaction between the cedent and its reinsurers by choosing a privileged interlocutor, the leading reinsurer, who is granted a predominant decision-making power in various areas, such as treaty handling, clause interpretation or special acceptances.

This note examines the legal and regulatory background in which these clauses operate. Contrary to the situation in insurance, in reinsurance case law is scarce as conflicts are essentially settled through arbitration decisions rather than in courts. However, examples of case law related to "follow the settlement" clauses show that these clauses can apply and engage followers but only in respect of the principle of good faith which is the basis of a contractual agreement. Moreover, such clauses must not weaken the initial contractual will of the parties and disrupt the balance of the agreement.

The note then exposes practices on the French market reported by FFA and APREF members through a survey. It leads to the conclusion that the difference between leader's clause and referent's clause is mostly semantical. The survey also identified a wide range of roles assigned to the leader via either a leader's clause or other clauses in which a leading principle applies. Eventually discussions focused on multi-layer and interconnected treaties and it was noticed that there are no contractual provisions explaining how to reach an agreement when there are several leaders.

Leader's clauses – as well as other clauses applying the leading reinsurer principle - have been classified into 3 categories based on the importance and sensitiveness of the delegated topic to the leading reinsurer. For each category the study makes specific recommendations.

Regarding leader's clauses which relate to treaty handling (e.g. special acceptances), their use is simply aimed at easing and accelerating decisions. They are beneficial to cedents without threatening the independence of followers in case of error by the leader.

When it comes to clauses subject to various interpretations, the leader's principle is more sensitive. In these cases, instead of delegating decision taking to a single reinsurer it is recommended to contemplate a panel of reinsurers with a view to reaching a consensual decision.

Eventually, in respect of decisions implying followers beyond what was initially agreed in the bilateral agreement between them and the cedent (such as ex gratia and commutations), leader's clauses should not be contemplated as the decision impacts both original scope and original financial conditions. Each reinsurer should decide for itself depending on the risk and its own risk appetite.

In order to address multi-layer treaties, the study suggests setting up a group consisting of leaders and cedent in order to reach a general agreement among them. For interconnected treaties, besides the proposition just mentioned, an option could be to clearly indicate the prevalence of a treaty over another, thus giving more power to the leader of the paramount treaty.

In conclusion, leader's clauses shall be used carefully. Broad clauses dealing with sensitive topics could turn to be counterproductive in practice. On the contrary, for simpler topics they facilitate interactions between a cedent and its reinsurers.

## Clauses d'apéritition et de référent

Les clauses d'apéritition (et dans une moindre mesure les clauses de référent) sont largement répandues sur le marché français de la réassurance. Elles ont pour objectif de simplifier les interactions entre la cédante et ses réassureurs en permettant à la cédante de choisir un interlocuteur privilégié, le réassureur apériteur. Ce dernier se voit conférer certaines prérogatives dans différents domaines relatifs à la gestion du traité, l'interprétation de certaines clauses ou les acceptations spéciales.

Cette note examine le contexte juridique et réglementaire dans lequel ces clauses s'intègrent. Contrairement à l'assurance, la jurisprudence est rare en réassurance car la voie de l'arbitrage plutôt que la voie judiciaire est privilégiée. Toutefois, sur la base de quelques exemples de jurisprudence relative aux clauses "follow the settlement", il apparaît que les clauses d'apéritition peuvent s'appliquer et engager les réassureurs suiveurs uniquement dans le respect du principe de bonne foi, qui constitue le socle des engagements contractuels. En outre, ces clauses ne doivent ni affaiblir l'intention initiale des parties ni bouleverser l'équilibre économique initialement convenu.

L'étude expose ensuite les résultats du questionnaire envoyé à certains membres de la FFA et de l'APREF illustrant les pratiques du marché français. Il apparaît que la différence entre clause d'apériteur et clause de référent est essentiellement d'ordre sémantique. Le questionnaire a également permis d'identifier une grande variété de rôles attribués à l'apériteur que ce soit dans une clause d'apéritition ou au sein d'autres clauses contenant un principe d'apéritition. Enfin, concernant les traités en ligne et les traités interconnectés, il ressort des discussions qu'aucune disposition contractuelle ne prévoit de modalités spécifiques de prise de décision en cas de pluralité de réassureurs.

Les clauses d'apéritition à proprement parler – ainsi que les autres clauses appliquant le principe d'apéritition – ont été classées en 3 catégories en fonction de l'importance et de la sensibilité de la délégation des suiveurs au profit de l'apériteur. L'étude émet des recommandations spécifiques pour chacune de ces catégories.

Concernant les clauses d'apéritition relatives à la gestion du traité de réassurance (par exemple les acceptations spéciales), leur utilisation est simplement destinée à faciliter et à accélérer la prise

de décision. Elles bénéficient à la cédante tout en préservant l'indépendance des réassureurs suiveurs en cas d'erreur de l'apériteur.

S'agissant des clauses pouvant être sujettes à interprétation, le principe d'apérition est plus sensible. Dans ce cas, au lieu de déléguer la prise de décision à un seul réassureur, il est recommandé d'envisager la mise en place d'un panel de réassureurs afin d'obtenir une décision plus consensuelle.

Enfin, pour les décisions engageant les suiveurs au-delà de ce qui avait initialement été conclu par chacun d'entre eux dans les accords bilatéraux les liant à la cédante (comme les ex gratia et les commutations), le recours aux clauses d'apérition ne devrait pas être envisagé car ce type de décision impacte à la fois le périmètre de la couverture et ses conditions financières originales. Chaque réassureur devrait pouvoir conserver son pouvoir de décision en fonction du risque et de son propre appétit.

Afin de gérer les traités en ligne, l'étude suggère la mise en place d'un groupe constitué des différents réassureurs apériteurs et de la cédante afin qu'une décision soit prise collectivement. Concernant les traités interconnectés, l'une des pistes, hormis celle mentionnée ci-avant, serait d'indiquer la prévalence d'un traité sur un autre, le pouvoir de décision revenant alors à l'apériteur du traité prioritaire.

En conclusion, le recours aux clauses d'apérition doit être envisagé avec précaution. L'utilisation de vastes clauses d'apérition dans des sujets sensibles peut avoir l'effet inverse de ce qui était initialement recherché. En revanche, elles ont toute leur place pour des sujets relativement simples et facilitent grandement les interactions entre une cédante et ses réassureurs.

---

## *Préambule*

---

En matière de réassurance la désignation d'un ou plusieurs apériteurs lors de la mise en place d'un programme est une pratique très répandue sur le marché français. Alternativement on peut noter le recours plus restreint et plus récent à la notion de référent.

Dans les deux cas, apériteur et référent, la profession s'est légitimement interrogée quant à l'impact de ces clauses sur le bon fonctionnement d'un programme de réassurance, sur son équilibre économique et sur le respect de la liberté contractuelle dans la relation liant une cédante à son réassureur, et ce, dans un cadre de droit européen de la concurrence, très strict.

Dans ce contexte, la FFA et l'APREF ont mobilisé un Groupe de Travail dédié à la clause d'apérition et à l'alternative du statut de référent, afin de décrire aussi précisément que possible les pratiques de marché en la matière, et émettre des recommandations.

La présente note se présente en trois parties :

Tout d'abord, le contexte réglementaire et juridique dans lequel ces clauses s'intègrent sera rappelé et mis en perspective au regard du respect de l'équilibre économique d'un contrat et de la volonté des parties comme source essentielle d'obligation (**1ère partie**).

Puis les pratiques de marché seront analysées, à partir notamment du questionnaire qui a été soumis par la FFA à ses membres sur ce sujet (**2<sup>ème</sup> partie**).

Enfin, des recommandations du Groupe de Travail seront formulées, pour préciser notamment les champs auxquels ce principe d'apérition peut opportunément s'appliquer et être utile aux parties, dans le strict respect du droit de la concurrence (**3<sup>ème</sup> partie**).

Cette note ne saurait être perçue comme privilégiant telle ou telle approche. Elle apporte un éclairage sur les pratiques et les évolutions qui pourraient être envisagées pour sécuriser le principe d'apérition, au terme d'un document purement informatif qui ne constitue en aucun cas un accord de place sur les pratiques relatives au rôle d'apériteur.

Il est également rappelé qu'aucune clause d'apérition ne saurait se substituer au principe primordial de bonne foi contractuelle, qui préside à l'ensemble des relations contractuelles et tout particulièrement dans le domaine de la réassurance où la confiance a traditionnellement fondé la relation. Le Groupe de Travail rappelle que c'est avant tout cette bonne foi des parties qui garantira le bon fonctionnement d'un traité dès lors que les parties au traité agissent conformément à une saine pratique des affaires réassurées.

---

*Clarification du cadre juridique*

---

Un programme de réassurance implique généralement un grand nombre de réassureurs. Le bon fonctionnement du programme pour la cédante nécessite une coordination entre ses différents réassureurs qui portent la couverture, sans toutefois que ces réassureurs n'aient de lien entre eux, ni ne communiquent entre eux.

Cette coordination peut se faire par le biais de la clause d'apéritif, laquelle désigne l'un des réassureurs comme apériteur du traité. A ce titre, la clause d'apéritif mentionne les prérogatives conférées à l'apériteur et pour lesquelles les autres réassureurs, appelés "suiveurs", acceptent de se soumettre aux décisions de l'apériteur.

Des clauses de référents se sont également développées sur le marché de la réassurance ces dernières années.

Dans les deux cas, apériteur et référent, la pratique n'a que peu évolué en fonction d'une jurisprudence afférente directement à la réassurance, puisque celle-ci est très rare. En effet, la matière réassurance est par nature consensuelle, et les décisions en cas de contentieux sont essentiellement arbitrales et non judiciaires, et couvertes par la confidentialité. En conséquence, c'est à la jurisprudence rendue en matière d'assurance directe qu'il a le plus souvent été recouru pour faire évoluer la pratique de ces clauses. Également, l'adaptation de ces clauses au cadre réglementaire en vigueur a largement été inspirée par la pratique en assurance directe.

En assurance directe, le périmètre et la vocation des clauses d'apéritif sont assez différents de ces clauses en matière de réassurance. Il n'existe pas de clause type mais l'apéritif répond à des considérations de gestion et permet généralement :

- A l'assuré de ne s'adresser qu'à l'apériteur notamment :
  - Lors de la déclaration des risques tant à la souscription qu'en cours de contrat ;
  - Lors de la résiliation du contrat : la notification de la résiliation au seul apériteur est opposable aux co-assureurs (en revanche, si l'assuré ne veut résilier qu'une part, il peut toujours le faire en s'adressant directement à l'assureur concerné).
  
- A l'apériteur :
  - D'adresser les avis d'échéance ;
  - D'encaisser les cotisations pour le montant global, à charge pour lui de les répartir ensuite ;
  - De recevoir les déclarations de sinistres et les régler après avoir centralisé le montant de l'indemnité due par chaque co-assureur ;

- De représenter les co-assureurs dans tous les litiges, soit en demande, soit en défense.

En assurance directe toujours, le principe d'apérition est également reconnu par les autorités étatiques lorsque l'Etat collecte l'ensemble des taxes afférentes aux primes d'assurances d'un programme directement auprès de l'apériteur, à charge ensuite pour celui-ci de récupérer auprès des suiveurs la fraction de taxes afférente à leur quote-part dans le placement d'assurance.

Au regard de ce champ d'application large du principe d'apérition, les assureurs directs sont particulièrement vigilants pour garantir la compatibilité de ces clauses avec le droit européen de la concurrence.

En réassurance, la clause d'apérition lie différemment tous les co-réassureurs à un programme puisque ceux-ci ne communiquent pas entre eux et ne connaissent pas leur position respective sur le programme.

Le principe d'apérition en réassurance implique que certains des termes et conditions du traité sont définis par la cédante avec un réassureur, l'apériteur, et que les autres réassureurs suivent ces termes et conditions s'ils souhaitent se positionner sur le programme de la cédante.

Concernant l'utilité de telles clauses, les cédantes les justifient par le besoin de sécuriser et de faciliter les relations avec leurs réassureurs, face à différentes situations qui peuvent se présenter pendant la durée de leurs couvertures de réassurance.

En effet, la rédaction contractuelle et la multiplicité des participants à un traité de réassurance engendrent des risques d'interprétation, de gestion, de délais... voire parfois de souscription dans le cadre de l'acceptation d'affaires dérogatoires. La présence d'un apériteur ou d'un référent, lequel engage les autres participants au traité par certaines de ses décisions, permet de réduire ces risques en retenant un interlocuteur privilégié et décisionnaire dans un champ déterminé.

La majeure partie du cadre juridique et de la jurisprudence existante relative au principe d'apérition est donnée dans le contexte de l'assurance directe (**1<sup>ère</sup> section**).

La pratique contractuelle et le respect de l'équilibre économique du traité fixent également des limites à la pratique de l'apérition sur le marché de la réassurance (**2<sup>ème</sup> section**).

## 1. Cadre réglementaire et jurisprudentiel

C'est dans le cadre de l'assurance directe que les règles jurisprudentielles afférentes à l'apérition ont essentiellement été fixées.

Les juridictions françaises se sont surtout interrogées sur la solidarité ou non des co-assureurs entre eux, lorsqu'il y a clause d'apérition. La jurisprudence majoritaire conclut à l'absence de solidarité, sauf subrogation explicite, en sorte qu'il n'est en principe pas possible à un assuré de demander à l'un de ses co-assureurs d'assumer seul la totalité de la dette pour l'ensemble de la co-assurance (à charge pour lui de se retourner ensuite vers les autres co-assureurs).

Dans le domaine de la réassurance, l'apériteur n'a en aucun cas capacité à représenter en justice les suiveurs. On peut notamment en donner pour preuve que sur un programme de réassurance donné, la cédante noue un contrat distinct avec chacun de ses réassureurs, dont les conditions peuvent varier dans le cas de conditions différenciées, ce qui explique qu'un apériteur ne peut pas représenter différentes parties qui bénéficient chacune d'une relation contractuelle bilatérale unique avec la cédante.

La jurisprudence rendue à l'international dans le cadre des clauses "follow the leader" ou "follow the settlement" donne également un éclairage intéressant quant au pouvoir d'engagement d'un apériteur vis-à-vis des suiveurs. La clause "follow the leader" – utilisée plus communément en assurance directe- permet que la décision d'un apériteur emporte décision identique des suiveurs y compris en matière de règlement des sinistres. La clause "follow the settlement" – utilisée traditionnellement en réassurance- oblige le réassureur (apériteur comme suiveur) à suivre la décision de la cédante dans la prise en charge des sinistres.

On voit bien la praticité inhérente à de telles clauses, qui toutefois peuvent fragiliser la volonté des parties telle qu'elle a présidé à la naissance du lien contractuel. C'est pourquoi la jurisprudence a pu juger que si la cédante agissait de manière non-professionnelle, le réassureur n'avait pas à appliquer la clause "follow the settlement" figurant au traité (e.g. *Aegis Electrical and Gas International Services Ltd v Continental Casualty Co* – 2008). Dans ce cas d'espèce, la cédante n'avait pas tenu compte d'une clause d'exclusion pourtant incluse dans la police originale.

On peut aisément imaginer la déclinaison de telles décisions dans le cas d'un réassureur apériteur censé engager les suiveurs, s'il agissait avec négligence. On peut à cette fin se référer à la jurisprudence *Insurance Co of Africa v Scor (UK) Reinsurance Co. Ltd.* -1985 qui fixe 2 pré-requis au bon fonctionnement des clauses Follow the settlement: la cédante doit avoir agi de bonne foi et avec professionnalisme, et le sinistre doit entrer dans le champ de la couverture du traité de réassurance.

Côté réglementaire, le droit européen de la concurrence vise à garantir le respect du principe de libre concurrence et à lutter contre les pratiques anti-concurrentielles. La pratique selon laquelle les réassureurs suiveurs devraient décider de suivre certains des termes contractuels négociés par la cédante avec un autre réassureur, apériteur ou non, pourrait être considérée comme une entente illicite entre acteurs économiques de même niveau (dite horizontale).

Il est rappelé que ces ententes sont interdites en vertu de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « *Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur* ».

En termes tarifaires, la Commission européenne a déjà fait part de sa vigilance à l'égard de ces clauses dans son Rapport d'enquête relatif au secteur de l'assurance du 25 septembre 2007, dans lequel elle émet des doutes sur la compatibilité avec les règles de concurrence de la pratique en

vigueur sur le marché, consistant à empêcher les autres réassureurs potentiels de proposer des primes moins élevées que celle qu'offre l'apériteur.

En réponse, les clauses du réassureur le plus favorisé ou autres clauses ayant le même effet ont été abolies.

Par ailleurs, la fédération européenne des intermédiaires d'assurance (BIPAR) a publié en 2008 des principes pour le placement des risques en présence de multiples réassureurs. Le principe 4 de ce document protège le droit des parties de négocier des primes individuelles.

Dans ce contexte réglementaire, il est clair que le réassureur apériteur ne peut en aucun cas déterminer les conditions tarifaires du contrat engageant les suiveurs et toute clause selon laquelle les réassureurs suiveurs seraient engagés à un prix déterminé avec l'apériteur serait anti-concurrentielle. La pratique réassurantielle actuelle n'est évidemment pas régie par de telles règles, puisque les conditions contractuelles sont proposées par la cédante, pas par le réassureur apériteur, et chaque réassureur est libre d'accepter ou non les conditions soumises, ou de proposer des conditions différentes à son engagement sur une couverture de réassurance.

*Le Groupe de Travail souligne qu'en matière d'apéritition appliquée à la réassurance, on ne retrouve pas les éléments qui ont pu ponctuellement être sanctionnés par la jurisprudence ou visés par des instances européennes se prononçant à titre consultatif en matière d'assurance directe.*

## **2. En pratique : le nécessaire respect de l'équilibre économique du contrat**

Il est utile de rappeler que l'équilibre d'un contrat est laissé à la libre appréciation des parties qui s'obligent mutuellement en fonction de leur intérêt respectif, et que, en vertu du principe de liberté contractuelle, les contrats valablement formés s'imposent aux parties sans qu'aucune d'entre elles ne puisse imposer à l'autre une circonstance revenant à bouleverser l'équilibre initialement convenu.

Par ailleurs, sur la libre détermination de l'équilibre contractuel, le fait pour une partie exerçant des activités de production, de distribution ou de services de soumettre ou de tenter de soumettre son partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties est sanctionné par le Code de commerce en tant que pratique commerciale déloyale, en particulier restrictive de concurrence.

Également, certaines dispositions contractuelles qui ne sont pas en tant que telles abusives, peuvent le devenir, et être sanctionnées, en fonction des faits, du contexte, de la situation des parties et de la variation de l'économie globale du contrat, par les juridictions saisies d'un litige.

La jurisprudence multiplie les initiatives pour veiller au respect d'un certain équilibre économique. Dans le cadre de cette pratique juridique, il est rappelé par le Groupe de Travail que le contenu des clauses d'apéritition doit dans tous les cas respecter l'équilibre économique global

du traité tel qu'initialement convenu dans le cadre de chaque relation bilatérale cédante-réassureur, à défaut de quoi de telles clauses pourraient être écartées par les juridictions ou tribunaux arbitraux saisis d'un litige.

L'équilibre s'appréciera au niveau du contrat dans sa globalité, une clause créant à première vue un déséquilibre pouvant ne pas être sanctionnée si le déséquilibre inhérent à celle-ci est contrebalancé par une autre disposition contractuelle, ou jugé conforme à la volonté des parties et compatible avec les règles de concurrence, le cas échéant.

*Le Groupe de Travail ne pourra pas en la matière illustrer sa note de décisions jurisprudentielles propres à la réassurance car le contentieux de la réassurance est peu abondant et quasi exclusivement soumis à l'arbitrage, dont les sentences sont couvertes par la confidentialité. Néanmoins, il est aisé de se reporter à la jurisprudence afférente à l'équilibre économique des contrats pour être sensibilisé au fait que l'équilibre contractuel peut être facilement imposé judiciairement aux parties, et que dans ce cadre, tout principe d'apériition qui serait appliqué à des champs trop larges ou trop nombreux serait susceptible d'être censuré dans la pratique.*

---

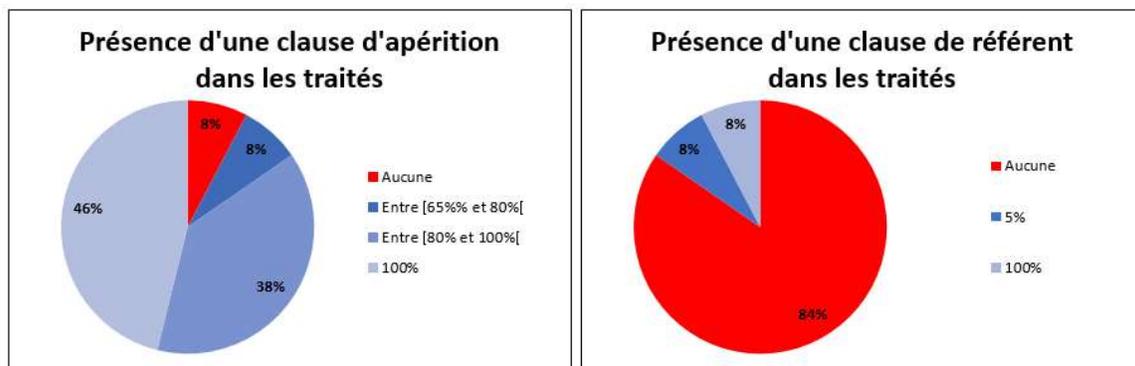
*Pratiques de la profession en matière de clause d'apéritif/de référent*

---

Un questionnaire visant à réaliser un état des lieux sur l'utilisation des clauses d'apéritif et/ou de référent a été adressé à 22 cédantes membres de la FFA ainsi qu'aux réassureurs membres de l'APREF. Les cédantes ont participé à 59%.

Les résultats affichés ci-après sont établis à partir des réponses des cédantes et sont complétés par les avis des réassureurs quand ils apportent un complément d'information.

Le premier objectif visait à identifier la présence de clauses d'apéritif et de clauses de référent au sein des traités. Une clause d'apéritif est présente dans la grande majorité des cas alors que les clauses de référents sont très peu utilisées :



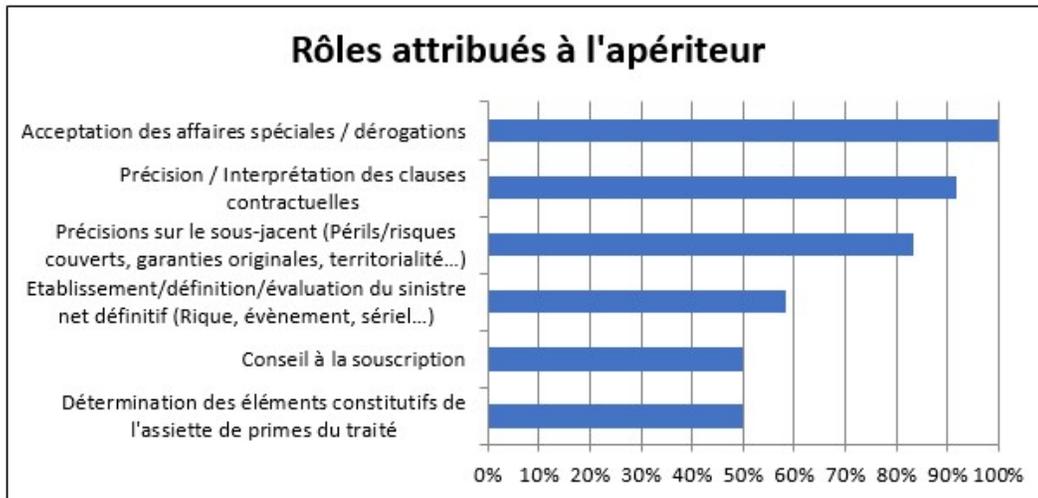
*Lecture des graphiques :*

- 46% des cédantes consultées ont une clause d'apéritif dans tous leurs traités. A l'inverse 8% des cédantes n'en ont aucune
- 8% des cédantes consultées ont une clause de référent dans tous leurs traités. A l'inverse 84% des cédantes n'en ont aucune

Au regard des réponses apportées, il apparaît que la différence entre la notion d'apériteur et de référent semble ne tenir qu'à une question de sémantique. En effet, les cédantes utilisant la notion de référent leur attribuent le même rôle qu'à un apériteur.

Au regard de l'implication de l'apériteur ou du référent, le questionnaire fait également ressortir l'importance des qualités techniques du réassureur à qui est conféré ce rôle, tant pour être en capacité de répondre aux questions qui lui sont soumises que pour engager la confiance des autres réassureurs suiveurs. Cette notoriété aura également potentiellement une importance pour le placement.

Il convenait donc de recenser les différents rôles attribués à l'apériteur. Il apparaît que les rôles sont variés et que le périmètre d'intervention est plus ou moins exhaustif :



D'autres rôles sont parfois cités par les cédantes interrogées :

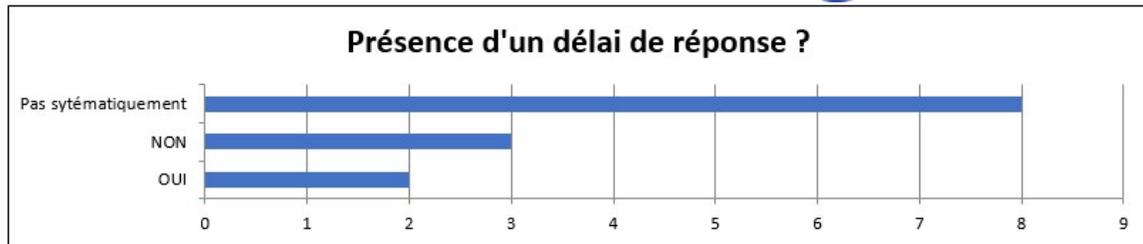
- Emporter l'adhésion Influencer les suiveurs
- Conseiller sur la gestion d'un dossier sinistre complexe
- Coter les conditions finales proposées au placement

Les rôles attribués à l'apériteur peuvent varier en fonction des lignes d'affaires concernées et/ou des cédantes.

Les cédantes précisent que, dans la totalité des cas (sauf présence de conditions différenciées), les décisions prises avec l'apériteur engagent systématiquement les suiveurs. Le périmètre d'implication de l'apériteur étant très large et visant des éléments essentiels de la relation entre la cédante et chacun de ses réassureurs, les suiveurs acceptent donc de déléguer des décisions potentiellement très importantes. Les clauses doivent donc préciser clairement le périmètre et les conditions d'engagement des réassureurs suiveurs, libres à eux de les accepter ou non en participant ou pas au traité.

A noter qu'un réassureur rappelle au travers du questionnaire que l'apériteur doit veiller au travers de ses décisions à respecter/conservé l'équilibre économique du traité, sans quoi elles ne seraient pas opposables aux suiveurs.

Par ailleurs, malgré le rôle important conféré à l'apériteur, le questionnaire fait ressortir que les délais de réponses octroyés à l'apériteur pour répondre aux différentes sollicitations de la cédante ne sont pas systématiquement précisés dans les clauses :



Il convient alors de s'interroger sur la nécessité de préciser ou non des délais de réponses qui peuvent être différents selon les sujets de sollicitation.

En cas de pluralité d'apériteurs sur un même traité ou sur une même tranche d'un traité structuré en tranches successives, l'enquête fait ressortir que les dispositions contractuelles qui leur sont respectivement applicables ne prévoient généralement pas de dispositions spécifiques pour régler le cas de divergences potentielles entre leurs différents avis et pour permettre de valider une décision finale commune. Dans les rares cas où des dispositions sont prévues, elles le sont sur la base de critères objectifs (non précisés dans la réponse).

Afin de compléter l'étude, il a été demandé de préciser si d'autres clauses des traités faisaient référence à des notions d'apériteur ou de référent. Les clauses suivantes ont été identifiées :

- Coopération dans la gestion des sinistres
- Acceptations spéciales
- Amendements aux traités
- Législation en vigueur
- Règlement des sinistres
- Clause de stabilité

Dans un souci de clarté, il apparaît donc nécessaire de bien définir le périmètre des implications de l'apériteur idéalement en totalité au sein de la clause d'apériteur, sinon partiellement et dans ce cas de veiller à ce que les implications non visées par cette clause soient également bien définies dans d'autres clauses.

Pour terminer, le questionnaire visait à identifier si des dispositions contractuelles étaient prévues pour gérer les conflits potentiels de positionnement entre différents apériteurs dans le cas de traités dits « interconnectés ». Il s'agit du cas des traités structurés en plusieurs tranches successives sur un même péril (ex : Excédent de sinistre Tempêtes), mais également de l'articulation des protections sur rétention nette avec les couvertures venant à leur bénéfice (ex : Excédent de sinistre vs Aggregate).

Il apparaît qu'aucune disposition en ce sens n'a été recensée.

Des pistes de travail existent alors :

- Une clause de définition de l'évènement identique dans chaque programme concerné ou sur les différentes tranches d'un même programme est-elle suffisante ? Le Groupe de Travail y répond ci-après, considérant que même dans le cadre d'une clause identique,

cela n'empêche a priori pas une potentielle divergence d'interprétation de cette clause entre différents apériteurs.

- Serait-il envisageable de faire directement référence au sein de différents programmes à un traité venant au bénéfice, et cette référence entrainerait-elle automatiquement un alignement sur la définition du sinistre entre les programmes ?  
Le Groupe de Travail s'est interrogé ci-après sur le niveau d'acceptation de cette solution par les réassureurs.
- Le Groupe de Travail proposera également ci-après qu'en cas de traités interconnectés, la décision finale puisse être discutée au sein d'un collègue constitué des apériteurs concernés et de la cédante. Il conviendra alors de définir les règles qui régiront la prise de décision.

En complément du questionnaire, un réassureur participant au Groupe de Travail, et ayant une position représentative sur le marché français, a réalisé une analyse complémentaire (anonymisée) sur son propre portefeuille.

Cette étude apporte des confirmations et/ou des compléments d'informations aux résultats du questionnaire :

- La notion d'apériteur est plus largement utilisée que celle de référent et la différence apparaît purement lexicale.
- La présence ou non d'une clause d'apéritition au sein des traités est davantage liée aux choix/pratiques de la cédante qu'à la ligne d'affaire concernée.
- Certains traités posent le principe d'apéritition (apériteur désigné nommément) sans pour autant disposer d'une clause spécifique précisant le périmètre du rôle de celui-ci et ses domaines d'intervention.

---

*Recommandations du Groupe de Travail*

---

Tout en veillant à respecter strictement les règles européennes et locales du droit de la concurrence, le recours à des clauses d'apéritition au champ d'application très large peut sembler à première vue la meilleure des solutions pour répondre aux besoins de prévisibilité en termes d'interprétation et de fonctionnement des dispositions contractuelles pour la cédante et ainsi garantir une exécution uniforme du traité qui la lie avec un ensemble de réassureurs.

Toutefois cette vision est mise à mal si l'on considère les inconvénients inhérents à un programme liant trop fortement une cédante à son apériteur sans tenir compte de ses réassureurs suiveurs.

Tout d'abord il n'est pas à exclure que l'interprétation du réassureur apériteur dans un cas complexe diffère de celle de la cédante et entrave ainsi l'exécution de la totalité du programme. A contrario, des discussions avec différents réassureurs pourraient permettre de trouver une interprétation médiane acceptable par tous.

Ensuite des modalités d'apéritition trop larges peuvent engendrer des difficultés de placement si lesdites modalités sont considérées comme non susceptibles de délégation par une part importante des réassureurs.

En outre, le risque de contentieux (y compris judiciaire ou arbitral) au cours de la vie du contrat de réassurance s'en trouve accru, à la fois pour la cédante et pour son réassureur apériteur dans la mesure où celui-ci porte une responsabilité importante d'interprétation vis-à-vis des autres réassureurs du placement.

Enfin, même si cette hypothèse est plus circonscrite que les circonstances évoquées ci-dessus, on peut considérer que si la part de l'apériteur était résiliée en cours de période d'effet du traité (enjeux de solvabilité ou de changement règlementaire), la cédante se verrait contrainte d'arbitrer entre le fonctionnement du traité sans apériteur ou bien la désignation d'un nouvel apériteur pour la fin de la période d'effet (notamment sur les traités à déroulement long). Cette désignation, qui serait soumise à l'approbation de l'ensemble des suiveurs, aurait un caractère incertain.

Etant ainsi entendu que ce principe d'apéritition doit être considéré avec précaution, le Groupe de Travail a classifié les clauses appliquant un principe d'apéritition en trois catégories en fonction de l'importance et de la sensibilité de la délégation, et a formulé des suggestions spécifiques pour chaque catégorie (**1<sup>ère</sup> section**).

Par ailleurs, les problématiques susmentionnées se trouvant exacerbées dans le cas de traités à plusieurs tranches ou interconnectés, des propositions spécifiques ont été émises par le Groupe de Travail sur ce point (**2<sup>ème</sup> section**).

Enfin le Groupe de Travail revient brièvement sur les notions d'apériteur et de référent et les conclusions à tirer des pratiques de marché en la matière (**3<sup>ème</sup> section**).

## 1. Champ d'application de la clause d'apéritition ou des clauses appliquant un principe d'apéritition

**Il est unanimement reconnu au sein du Groupe de Travail qu'aucun principe d'apéritition ne devrait porter sur les éléments économiques essentiels du traité que sont ses conditions tarifaires et ses limites (priorité et portée).**

On peut alors classer les clauses appliquant un principe d'apéritition en 3 catégories :

- Celles qui visent à faciliter la gestion du traité de réassurance tout au long de la période de couverture, dans une optique administrative et comptable.

Il en est notamment ainsi de celles qui affèrent à la gestion des sinistres, et donnent à l'apériteur un rôle de conseil prédominant auprès de la cédante en ce domaine, en contrepartie de sa capacité reconnue de gestion, de sa réactivité pour répondre aux demandes de la cédante dans les délais impartis par elle, de son expertise technique reconnue tant par la cédante que par les suiveurs.

Il en est également ainsi lorsque le principe d'apéritition vise les Affaires Spéciales, laissées à l'appréciation de l'apériteur en échange de sa capacité à répondre avec diligence aux demandes de la cédante afin de ne pas l'entraver dans ses capacités et modalités de souscription.

Également, une illustration de cette pratique d'apéritition dédiée aux modalités de gestion du traité est la clause "follow leader's settlement" ou équivalent, par laquelle les réassureurs suiveurs s'engagent à suivre les décisions du réassureur apériteur en matière de règlement des sinistres.

*Le Groupe de Travail recommande que ces clauses figurent aux traités de réassurance, en ce qu'elles facilitent la bonne gestion du traité au bénéfice de la cédante puisqu'elles obligent les réassureurs suiveurs sans par ailleurs menacer l'indépendance d'appréciation et d'analyse de chacun d'entre eux en cas d'erreur manifeste du réassureur apériteur sur les éléments non essentiels objet de leur délégation. Des délais de réponse pourraient être précisés pour les Affaires Spéciales et/ou les dérogations.*

- Celles qui visent à donner une interprétation univoque de certaines clauses qui pourraient être susceptibles d'interprétations différentes.

Le principe d'apéritition pour ces clauses est plus sensible, justement parce que leur application pourrait différer selon l'interprétation qui en est faite, et la compréhension qu'en a eu chaque réassureur au moment d'accepter sa part sur le traité et le risque associé.

L'interprétation d'une clause s'opère au regard des circonstances de fait qui conditionnent son application, alors même que dans certains cas ces circonstances sont inédites et n'avaient pas été ou ne pouvaient pas être envisagées a priori par les parties.

On peut mentionner au titre de ces clauses celle de la définition de l'événement. En effet, dans le cas d'un événement climatique complexe, la clause de définition de l'événement telle qu'initialement rédigée pour déterminer et faciliter le bon règlement du sinistre, est légitimement susceptible de différentes interprétations, tandis que celle de l'apériteur peut l'emporter si un principe d'apérition est prévu dès l'origine.

Également, la clause d'exclusion de la couverture de certains risques ou événements rentre dans le périmètre des clauses ici visées. Par exemple, lorsque des événements comme la guerre, les attentats ou les émeutes sont exclus, on sait combien il peut être délicat de déterminer face à des formes nouvelles de révolte, armée ou non, si celles-ci-ci peuvent être assimilées ou non aux événements nommément exclus. Les réassureurs peuvent légitimement avoir une position différente quant au traitement d'une telle situation, et la cédante peut de son côté souhaiter une application unique des termes du traité.

Un principe d'apérition applicable à ces clauses est plus délicat, en ce qu'il pourrait menacer le respect de la véritable volonté de chacune des parties et donc de leur liberté contractuelle.

Il en va de l'intérêt de l'ensemble des parties de limiter l'ambiguïté des définitions des éléments couverts comme exclus afin d'éviter toute source de désaccord au moment du règlement d'un sinistre.

*Un principe d'apérition total et systématique sur ces clauses semble difficile, et devrait plutôt prendre en compte les échanges qui auront eu lieu durant les périodes de négociation contractuelle (de renouvellement notamment) entre une cédante et chacun de ses réassureurs sur l'acception convergente que ceux-ci donnent à certaines définitions pour souscrire le risque et en accepter une part.*

*Également, si un principe d'apérition devait être retenu au cas par cas en ces matières, il serait préconisé que des modalités d'information systématique des suiveurs par la cédante soient stipulées.*

*Enfin, il pourrait être opportun pour la cédante de désigner non pas un apériteur unique mais un panel de réassureurs, lequel pourrait délivrer une interprétation unique, décidée à la majorité des voix, et qui serait ainsi plus consensuelle.*

- **Celles qui visent à donner à l'apériteur un pouvoir de décision engageant les suiveurs dans des domaines qui dépassent le champ de leur engagement initial au titre du contrat**

On peut mentionner, notamment, comme rentrant dans cette catégorie les ex gratia et les commutations.

Les règlements ex gratia vont au-delà des dispositions contractuelles acceptées par les parties lors de la conclusion du contrat de réassurance. Il n'est pas habituel qu'un réassureur suiveur soit lié à la cédante par une clause d'apérition l'obligeant à effectuer ces règlements ex gratia en raison de la décision de l'apériteur alors même qu'il a déterminé son consentement initial en fonction d'éléments de sinistralité strictement définis et délimités.

Il en est également ainsi des clauses de commutation, qui permettent à une cédante de reprendre les risques cédés avant la fin des engagements du réassureur. La durée de l'engagement du réassureur étant un élément essentiel dans la considération de l'acceptation de sa part du risque, les conditions financières d'une commutation ne peuvent qu'être appréciées au cas par cas par chaque réassureur.

Sauf mention explicite de délégation à l'apériteur voire idéalement au panel de réassureurs référents en vue d'un large consensus (délégation octroyée nécessairement dans la limite des éléments économiques essentiels de chaque relation bilatérale), ces clauses requièrent une prise de position nouvelle de chaque réassureur suiveur par rapport au risque initialement accepté, à un instant où les contours du risque ont changé et où son appétit au risque pourrait ne pas avoir varié. En conséquence, le Groupe de Travail considère que le principe d'apériton appliqué à cette 3ème catégorie de clauses n'est pas opportun.

## **2. Préconisation dans le cas des traités en ligne et des traités interconnectés**

Les recommandations émises dans la première section restent bien entendu valables dans le cadre de traités en ligne ou interconnectés. Toutefois l'imbrication de ces couvertures nécessite une vigilance accrue quant à la bonne rédaction des traités, au choix du ou des apériteurs et au rôle qui leur est donné.

### **a. Cas des traités en lignes**

Dans le cas de traités en lignes, on rencontre fréquemment des situations où chaque ligne est apéritee par un apériteur différent. Dans le cas de litiges -on peut penser notamment à des cas d'agrégation de sinistres permis par une clause de définition de l'événement- l'exécution du programme dans son ensemble peut être rendue difficile par des interprétations différentes exprimées par différents apériteurs. Une solution consiste à retenir un seul apériteur pour l'ensemble du programme. Solution apparemment assez simple mais qui présente l'inconvénient de restreindre les options de la cédante dans son placement.

*Le Groupe de Travail suggère de prévoir une disposition contractuelle stipulant qu'en cas de litige l'ensemble des apériteurs d'un programme se réunira avec la cédante pour définir de concert la bonne interprétation à retenir. Cette approche, bien que plus compliquée à mettre en œuvre, a le mérite d'être plus consensuelle et susceptible de rencontrer l'adhésion des réassureurs suiveurs. L'avis rendu par le panel ainsi constitué aura fait l'objet d'échanges et d'un consensus équilibré, respectueux de l'intérêt des différentes parties, garantissant une juste application des conditions contractuelles sujettes à interprétations.*

### **b. Cas des traités interconnectés**

Dans le cas de traités interconnectés il peut également exister des divergences d'interprétation de certains points contractuels, divergences potentiellement aggravées par le fait que tous les

réassureurs ne participent pas forcément à l'ensemble des couvertures. La recommandation précédente peut également être mise en œuvre pour des traités interconnectés.

*Le Groupe de Travail réaffirme la recommandation ci-dessus faite pour les traités en lignes, et suggère par ailleurs d'apporter un soin tout particulier aux clauses régissant l'articulation des couvertures entre elles. Définir des règles de priorité de fonctionnement au moyen de formulations comme " Traité fonctionnant sur la rétention du traité X" permettrait de circonscrire un éventuel litige à un seul traité. Toutefois, cela suppose que l'apériteur du traité non prioritaire et les suiveurs délégants acceptent à l'avance la prévalence de l'interprétation qui pourrait être faite par l'apériteur du traité prioritaire.*

### **3. Statut d'apériteur versus Statut de référent**

A la suite de l'enquête menée auprès des cédantes FFA et après consultation des réassureurs membres du Groupe de Travail, il apparaît qu'il n'existe pas de différence fondamentale entre les notions d'apériteur et de référent au-delà de la sémantique. Tout au plus, peut-on noter que la notion de référent implique généralement qu'il y en ait plusieurs sur une tranche de programme, là où l'on ne trouve en général qu'un seul apériteur.

*Le Groupe de Travail ne fait pas de recommandation particulière quant à l'usage de l'un ou l'autre de ces termes. Les droits et devoirs associés au statut d'apériteur/référent découlent complètement et uniquement des dispositions prévues au contrat.*