



VERS UNE CRISE MAJEURE DE L'ASSURANCE CONSTRUCTION ?

LES PROPOSITIONS DE LA FFB POUR L'ÉVITER



SOMMAIRE



Le présent rapport expose les constats et les propositions de la FFB. Leur mise en œuvre est nécessaire pour créer un environnement propice au rétablissement des équilibres, au bénéfice de tous.



Introduction	5
Synthèse et propositions	6-7
Présentation du régime Spinetta	8
Un contexte défavorable à l'équilibre financier du régime	8-9
Les limites de l'ouverture du marché de l'assurance construction	10-12
Propositions d'évolution du système	14-15
Proposition 1 – Clarifier le champ de la décennale	14
Proposition 2 – Rééquilibrer les rapports entre dommages-ouvrage et responsabilité décennale	14
Proposition 3 – Placer la qualité et la prévention au centre des préoccupations	14
Proposition 4 – Mieux contrôler les provisions sur le risque construction	15
Proposition 5 – Redéfinir les modalités de financement du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages	15



INTRODUCTION

Assurer l'indemnisation rapide des maîtres d'ouvrage, responsabiliser les acteurs de la filière, améliorer la qualité de la construction et diminuer le contentieux figuraient parmi les objectifs de la loi Spinetta du 4 janvier 1978, qui a institué un régime de responsabilité des constructeurs, associé à un système d'assurance obligatoire.

Le régime, qui fête cette année ses quarante ans, a sans conteste amélioré la protection des usagers. Il a aussi fait face à d'importants déséquilibres qui ont conduit les acteurs et les pouvoirs publics à prendre des mesures pour en améliorer le fonctionnement. C'est ainsi que, en février 2006, un rapport, issu des réflexions d'un groupe de travail présidé par Georges Mercadal, proposait des ajustements du système décennal : mise en place d'une attestation type, simplification de l'assurance des grands chantiers, meilleure gestion des réclamations pour limiter les frais de gestions, etc.

Le diagnostic, très justement posé, a certes permis de mettre en place des solutions pour répondre à certaines difficultés, mais, au cours des dix dernières années, certaines évolutions ont fortement impacté le régime, au risque de le fragiliser.

Fin 2017, la FFB a souhaité dresser un bilan actualisé pour identifier les principaux dysfonctionnements du régime et leurs causes, et faire des propositions concrètes de réforme. À cet effet, elle a confié une mission à Michel Piron, qui a rencontré les principaux acteurs du monde de la construction (maîtres d'ouvrages, assureurs, courtiers, autorités de supervision, direction générale du Trésor...).

La mission a mis en évidence les apports importants du régime Spinetta, en particulier en termes de protection de l'utilisateur. Mais le système, qui reste somme toute peu coûteux au regard des chiffres de la construction en France, connaît de graves dysfonctionnements au regard des ambitions d'origine. Ces derniers pourraient à terme, le fragiliser, voire le condamner, si rien n'est fait. Il ne s'agit pas de remettre en cause le bien-fondé de ce régime, mais d'en ajuster certaines règles pour en contrer les dérives et ainsi en assurer la pérennité.

» SYNTHÈSE ET PROPOSITIONS

Pour la FFB, les adaptations du régime doivent porter sur deux aspects

1. – Les règles applicables au régime décennal.
2. – La régulation du marché de l'assurance construction.

1. – Les règles applicables au régime décennal

Un régime de responsabilité et d'assurance obligatoire d'une durée ferme de dix ans à compter de la réception ne peut fonctionner correctement sans règles du jeu claires dès le départ. Or, faute de définition de certaines notions, la jurisprudence s'est attachée à pallier ces lacunes, de manière parfois surprenante. Clarifier le champ de la décennale est devenu incontournable afin de gagner en lisibilité, tant en ce qui concerne le champ que le fonctionnement du régime décennal.

PROPOSITION

1

Réviser les textes pour clarifier le champ de la responsabilité décennale et des assurances obligatoires.

Le système à double détente, clé de voûte du régime d'assurance construction, est aujourd'hui mis à mal par la multiplication des contentieux et des déclarations injustifiées ou mal orientées. Il convient dès lors de proposer des mesures de nature à rétablir les équilibres.

PROPOSITION

2

Pénaliser les assureurs dommages-ouvrage qui ne jouent pas leur rôle de préfinancement rapide des désordres. Réduire le nombre de déclarations injustifiées ou mal orientées par la mise en place d'une franchise en assurance dommages-ouvrage et une révision du ticket modérateur en conséquence.

Améliorer la qualité de la construction passe nécessairement par une responsabilisation de l'ensemble des acteurs, y compris les maîtres d'ouvrage, en particulier professionnels. Ces derniers ne subissent actuellement que très partiellement et indirectement les conséquences des choix faits dans le cadre de la construction (choix des intervenants, contrôle technique...). Aussi la qualité et la prévention doivent être replacées au centre des préoccupations.

PROPOSITION

3

Favoriser, par la tarification des compagnies d'assurance, les comportements responsables : mesures de prévention des risques, qualification des entreprises, SAV efficace, etc.

2. – La régulation du marché de l'assurance construction

Une assurance décennale gérée en capitalisation suppose des assureurs solides financièrement. Les défaillances de compagnies d'assurance sont en effet de nature à déstabiliser l'ensemble du secteur. Si les règles spécifiques applicables aux compagnies établies en France¹ et les contrôles effectués permettent de considérer que le marché est correctement surveillé, les récentes défaillances d'assureurs intervenues en France en libre prestation de service (LPS) sont l'illustration de lacunes dans le contrôle au niveau européen. Afin d'assurer une saine et sûre concurrence sur le marché de l'assurance construction, les provisions sur le risque construction doivent être mieux contrôlées, quel que soit le pays d'établissement de la compagnie.

PROPOSITION

4

Garantir un niveau et un contrôle adéquat des provisions par :

- une identification claire des risques souscrits sur la branche construction en France ainsi que des schémas de distribution (courtage/mandats) ;
- l'application des mêmes niveaux de provision dans l'ensemble des pays européens grâce à des règles fixées par European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) ;
- un cantonnement des actifs.

Depuis le 1^{er} juillet 2018, le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) est susceptible d'intervenir en cas de défaillance d'un assureur dommages-ouvrage, qu'il soit ou non établi en France. Cette mission du fonds est financée par les seuls assureurs dommages-ouvrage en fonction de leur niveau de provision. Or c'est précisément l'insuffisance de provisions de certaines compagnies qui menace la stabilité globale du système. Il importe donc de redéfinir les modalités de financement du FGAO. D'une part, en étendant l'assiette de contribution aux assureurs de responsabilité décennale. D'autre part, étant entendu que la contribution au fonds de garantie tient compte des niveaux de provision au regard des primes, il convient ensuite de l'adapter en fonction des niveaux de primes pratiqués par chaque compagnie au regard des niveaux moyens constatés sur le marché de l'assurance construction. Il s'agit ici d'éviter qu'une sous-estimation des primes entraîne une sous-estimation des provisions.

PROPOSITION

5

Moduler fortement les contributions au fonds de garantie français en fonction du niveau comparé des provisions constituées et des risques pris sur la construction en France, tant en dommages-ouvrage qu'en responsabilité civile décennale.

» PRÉSENTATION DU RÉGIME SPINETTA

La responsabilité des constructeurs s'organise autour de trois garanties légales à compter de la réception des travaux :

- la garantie de parfait achèvement ;
- la garantie de bon fonctionnement des éléments d'équipement, d'une durée minimale de deux ans ;
- la garantie décennale.

Au titre de la garantie décennale, les constructeurs sont soumis à une présomption de responsabilité en cas d'atteinte à la solidité ou d'impropriété à la destination de l'ouvrage survenant dans les dix ans suivant la réception. Les travaux couverts sont ceux participant à la construction d'un ouvrage immobilier neuf ou créant un ouvrage neuf sur une construction existante, quelle que soit la destination de l'ouvrage (habitation, infrastructure, industrie, sport, commerce, etc.).

Le système assurantiel, obligatoire pour les seuls ouvrages de bâtiment, repose quant à lui sur un mécanisme dit « à double détente » :

- l'assurance dommages-ouvrage (DO), souscrite par le maître d'ouvrage, doit intervenir préalablement à toute recherche de responsabilité pour assurer un préfinancement rapide des désordres. L'assureur, subrogé dans les droits du maître d'ouvrage, dispose ensuite d'un recours

contre les constructeurs et leurs assureurs ;
- l'assurance de responsabilité décennale (décennale), obligatoire pour les constructeurs liés au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ainsi que pour certains fabricants et négociants, garantit leur responsabilité en cas de désordre de nature décennale. Si cette assurance n'a pas été souscrite, ou si elle ne peut intervenir, les constructeurs seront redevables des garanties légales sur leurs fonds propres.

Depuis 2009, afin de faciliter et de sécuriser l'assurance des opérations importantes, la souscription d'un contrat collectif de responsabilité décennale par le maître d'ouvrage est possible et préconisée. Cette police intervient en complément des contrats individuels garantissant la responsabilité décennale des différents constructeurs participant à l'opération. Il s'agit d'une police de deuxième ligne, intervenant au-delà des plafonds de garantie dont chaque constructeur doit justifier au titre du contrat collectif de responsabilité décennale.

Pour chacun de ces contrats, des clauses réglementaires types s'imposent aux assureurs. Elles déterminent la nature, l'étendue et le fonctionnement des garanties obligatoires.

» la notion d'impropriété à destination. Cela s'explique probablement en partie par les évolutions technologiques et réglementaires, ainsi que par les attentes renforcées des usagers vis-à-vis du bâtiment (performances, usage...).

Encore tout récemment, la Cour de cassation a appliqué l'assurance décennale obligatoire :

- à l'installation d'éléments d'équipement sur existants (pompe à chaleur, insert, cheminée...) alors que ces derniers relevaient jusqu'à présent de la responsabilité civile des constructeurs et donc de garanties facultatives ;
- aux dommages affectant des parties préexistantes d'une construction à la suite de l'installation d'un élément d'équipement (incendie provenant d'une cheminée installée sur existant). Une jurisprudence antérieure du même type avait pourtant conduit à l'introduction d'une disposition législative² pour limiter l'intervention de la décennale aux existants qui, totalement incorporés à l'ouvrage neuf, en deviennent techniquement indivisibles.

Les assureurs, qui n'ont pu anticiper ces changements, n'ont pas perçu les primes correspondantes. Pour tenir compte de ces jurisprudences, les maîtres d'ouvrage vont devoir souscrire une assurance dommages-ouvrage pour des travaux qui jusqu'à présent ne relevaient pas de l'assurance obligatoire, avec une assiette de cotisation elle-même plus large. Les entreprises vont également devoir adapter leur couverture d'assurance...

De telles incertitudes paraissent peu compatibles avec un système géré en capitalisation, lisible pour l'ensemble des acteurs.

Une sinistralité et un coût des sinistres en hausse

Depuis 2008, les montants des indemnités en assurance construction ont augmenté en moyenne de 5,3 % par an. En cumul sur la période 2008 à 2016, ils ont augmenté de 52 %. L'analyse des principaux ratios comptables publiés par la FFA met en évidence le fait que les prestations versées représentaient 68,5 % des primes nettes en 2015 contre 38 % en 2008.

Les défaillances et les difficultés rencontrées par les entreprises de bâtiment, liées à la crise profonde qu'a connue le secteur ces dernières années, expliquent en partie cette évolution défavorable de la sinistralité (impossibilité de faire intervenir le service après-vente (SAV) de l'entreprise, de récupérer les franchises inopposables en responsabilité civile décennale, etc.).

Le développement insuffisamment maîtrisé de certaines techniques a aussi entraîné une sinistralité importante, en particulier des sinistres sériels liés à certains produits (le photovoltaïque intégré en toiture par exemple). Ce dernier point pose la question de la possibilité d'exercer des recours efficaces sur les fabricants à l'origine de ces sinistres. À défaut, la charge finale pèse sur le système décennal.

L'inflation réglementaire explique une autre part des surcoûts pour l'assurance construction. De fait, lorsqu'une indemnité est versée dans le cadre d'un sinistre décennal, elle doit comprendre le surcoût éventuel lié à l'évolution de la réglementation, en particulier la réglementation thermique (RT 2012).

Enfin, si l'augmentation du contentieux concerne tous les secteurs, et la construction ne fait pas exception, le système à « double détente » accentue de manière grave cette dérive. Ce système avait pourtant pour objectif d'éviter au maximum les contentieux. Une telle orientation était largement fondée puisqu'un sinistre faisant l'objet d'un contentieux est 7,5 fois plus coûteux en moyenne que traité à l'amiable (préjudices immatériels, frais d'avocats et d'expertise...). La dérive judiciaire observée, résultant d'une absence de plus en plus fréquente de préfinancement rapide des désordres et donc de respect des clauses types, remet en cause les équilibres entre assurance dommages-ouvrage et responsabilité décennale. De fait, les assureurs dommages-ouvrage ne supportent pas la charge de l'aggravation du coût du sinistre en cas de contentieux et d'absence de préfinancement. C'est donc *in fine* la responsabilité civile décennale qui en subit les conséquences.

Un système déresponsabilisant ?

La rigidité des clauses types, dont l'indemnisation au premier euro, peut conduire à de mauvaises pratiques. Or, comme le soulignait déjà le rapport Mercadal, aucune distinction n'est faite entre les maîtres d'ouvrage particuliers et professionnels³. Les maîtres d'ouvrage professionnels n'exposent ainsi que très marginalement leur responsabilité en cas de sinistre. En outre, l'absence de franchise en dommages-ouvrage et l'inopposabilité de cette dernière en responsabilité civile décennale ne favorisent pas la prévention des risques :

- durant la phase de la construction (qualité des intervenants, matériaux utilisés, règles de prévention) ;
- durant le cycle de vie du bâtiment (maintenance et entretien).

La Convention de règlement de l'assurance construction (CRAC)⁴, censée jouer un rôle dans la maîtrise des coûts, trouve aujourd'hui certaines limites dues à l'absence de recours exercé par l'assureur pour les petits sinistres (application du ticket modérateur en deçà duquel l'assureur DO renonce à engager recours) alors que le service après-vente de l'entreprise aurait pu fonctionner. Les constructeurs ne sont bien souvent pas informés de la survenance de tels sinistres.

Il ne faut enfin pas négliger l'impact financier des réclamations sans suite (désordres ne relevant pas de la décennale, sinistres ne concernant pas le corps d'état sollicité, etc.) pour l'ensemble des constructeurs (déplacements, frais de gestion...), et pour les assureurs en cas de déclaration de sinistre (frais de gestion et d'expertise, en particulier).

» UN CONTEXTE DÉFAVORABLE À L'ÉQUILIBRE FINANCIER DU RÉGIME

Des taux bas

Le régime décennal est strict : la prime perçue par l'assureur à l'ouverture du chantier doit lui permettre de régler les sinistres pendant toute la période décennale, soit dix années à compter de la réception.

En assurance dommages-ouvrage, une prime unique est versée pour garantir l'opération de construction. En assurance de responsabilité des constructeurs, les contrats sont généralement annuels, avec tacite reconduction. Si le contrat a été résilié entre la date d'ouverture du chantier et celle du sinistre, il appartient à l'assureur à la date d'ouverture du chantier de régler les sinistres, sans perception d'une prime complémentaire. Cette gestion des primes en capitalisation rend le régime très sensible aux évolutions

des marchés financiers. Or, selon la Fédération française de l'assurance (FFA), « rapportés aux prestations payées, les produits financiers récurrents sont en recul, passant de 53 % en 2008 à 30 % en 2016 ».

Cette situation impacte donc fortement et durablement l'équilibre général du régime.

L'impact de la jurisprudence

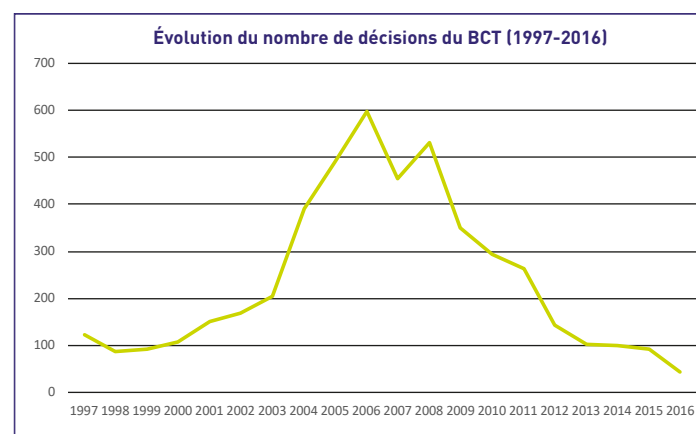
Certaines notions clés du régime décennal, telles que « ouvrage », « élément d'équipement », « existant » ou encore « impropriété à destination » ne sont pas précisées par les textes. Ces lacunes sémantiques conduisent les juges à en préciser les contours au fil de leurs décisions, décisions qui ont conduit à une interprétation de plus en plus large de »

LES LIMITES DE L'OUVERTURE DU MARCHÉ DE L'ASSURANCE CONSTRUCTION

Le développement d'une offre d'assurance construction à prix de « dumping »

Les dix dernières années ont été marquées par le fort développement d'assureurs intervenant à partir de différents pays européens, en libre prestation de service (LPS) ou liberté d'établissement (LE). Alors qu'« en cumul sur la période 2008 à 2016, l'assurance construction a connu une baisse de son chiffre d'affaires de 16 %⁵ », sur la même période, la croissance annuelle de certains acteurs de l'assurance LPS a pu dépasser 25 %.

Parmi les assureurs proposant ces offres, certains se sont concentrés, au moins dans un premier temps, sur des marchés considérés risqués au regard de la nature des activités ou de la situation de l'entreprise (antécédents, expérience...). Ceci explique certainement la quasi-disparition des saisines du Bureau central de tarification (BCT) (voir schéma ci-dessous), les constructeurs trouvant une solution auprès de ces derniers.



Ces compagnies, souvent de taille réduite et sans connaissance spécifique du régime français d'assurance construction, s'appuient sur des courtiers grossistes, mandataires et/ou délégataires. En tant que représentants, en souscription mais aussi en gestion des contrats et des sinistres, ces intermédiaires jouent un rôle incontournable dans la politique de ces compagnies sur le marché français. Ils commercialisent directement les contrats grâce à des agences de souscription ou se reposent sur des intermédiaires locaux. Ils sont donc omniprésents dans la chaîne de souscription, au point d'être parfois confondus avec l'assureur.

Les tarifs pratiqués sont rarement équivalents, le plus souvent plus que compétitifs au regard des tarifs pratiqués par les compagnies établies en France. En outre, les niveaux de

commissionnement élevés (de l'ordre de 25 % à 30 % contre environ 10 % habituellement dans le secteur), conduisent mécaniquement à amputer les montants déjà trop faibles destinés aux provisions.

Ces offres à vil prix longtemps marginales ne le sont plus. Deux courtiers grossistes revendiquent pas moins de 30 000 contrats dommages-ouvrage et 100 000 contrats de responsabilité civile décennale et professionnelle. On estime que la part de marché de ces assureurs « fragiles » se situe entre 10 % et 15 % et concerne tous les secteurs de la construction en France :

- en dommages-ouvrage : la maîtrise d'ouvrage publique (construction d'EHPAD, pôle petite enfance, OPH...), la promotion immobilière (bureaux et logements), la maison individuelle. Le coût des opérations assurées peut dépasser 10 M€ ;
- en responsabilité civile et décennale des constructeurs : beaucoup de TPE mais aussi des entreprises plus importantes (grosses PME régionales, entreprises de plus de 2 M€ de chiffre d'affaires, de plus de 10 salariés).

En cas de défaillance desdits assureurs, les projections basées sur la simple comparaison, d'une part, des niveaux de provisions des assureurs LPS rapportés aux risques souscrits et, d'autre part, du même ratio pour les assureurs établis en France permet d'estimer le déficit effectif de provisions à plusieurs centaines de millions d'euros.

Les lacunes des systèmes prudentiels et de supervision

Les règles sont principalement issues de la directive 2009/138/CE du 25 novembre 2009, dite « Solvabilité II ».

En application de cette directive, les compagnies d'assurance obtiennent l'agrément dans leur pays d'origine. Ce dernier doit vérifier que les compagnies présentent un « programme d'activités »⁶ (nature des risques et engagements que l'entreprise se propose de couvrir, bilan prévisionnel, fonds propres...) et ont un système de gouvernance adapté... Les autorités de contrôle du pays d'origine doivent également vérifier la qualité des actionnaires et des associés.

En cas d'activité transfrontalière, il convient de distinguer LE et LPS :

- en cas d'établissement d'une succursale, l'État membre d'origine doit, sauf exception, transmettre un certain nombre d'informations aux autorités de contrôle de l'État

- » membre d'accueil (type d'opérations envisagées et structure de l'organisation de la succursale, attestation certifiant que l'entreprise d'assurance dispose du capital de solvabilité requis et du minimum de capital requis). À réception, les autorités de contrôle du pays d'accueil disposent de deux mois pour indiquer aux autorités de contrôle de l'État membre d'origine les conditions dans lesquelles, pour des raisons d'intérêt général, ces activités peuvent s'exercer dans l'État membre d'accueil ;
- en cas de libre prestation de services, les autorités de contrôle de l'État membre d'origine communiquent à l'État membre d'accueil, dans un délai d'un mois à compter de la notification par la compagnie d'assurance : une attestation indiquant que l'entreprise d'assurance dispose du capital de solvabilité requis et du minimum de capital requis, les branches d'assurance pour lesquelles l'entreprise d'assurance a été agréée, la nature des risques et des engagements que l'entreprise d'assurance se propose de couvrir dans l'État membre d'accueil.

Règles prudentielles

La directive Solvabilité II prévoit que les provisions constituées doivent fidèlement refléter les risques souscrits. Elles doivent être « prudentes, fiables et objectives⁷ ». Les autorités de contrôle peuvent vérifier le caractère approprié des provisions, mais il n'existe pas, à proprement parler, de règles de provisionnement en fonction de chaque risque. En d'autres termes, pour les sociétés œuvrant en France dans le cadre de la LPS, les dispositions de la directive Solvabilité II ne permettent ni d'identifier les risques souscrits sur le marché français en dommages-ouvrage et en responsabilité civile décennale, ni de leur appliquer des règles de provisionnement particulières, notamment pour tenir compte de la durée des garanties. Les contrats dommages-ouvrage entrent dans la branche « dommages » tandis que la responsabilité civile décennale est « noyée » dans les contrats de responsabilité civile souscrits par la compagnie.

Il en va tout différemment pour les compagnies d'assurance établies sur le territoire français. Les règles relatives au provisionnement d'un engagement sur une durée ferme de dix ans figurent dans le règlement 2015-11 du 26 novembre 2015 relatif aux comptes des entreprises d'assurances. Le contrôle de ces règles est dévolu au superviseur français, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), qui peut autoriser ou prescrire certaines dérogations (article L. 341-4 du Code des assurances). Ainsi, d'après l'ACPR, « une part non négligeable des entreprises déroge à cette méthode de calcul par défaut (de l'ordre d'un tiers) », mais « au final, l'écart entre les deux montants reste très faible⁸ ». Ces dérogations n'empêchent donc pas un contrôle très strict des provisions qu'implique le régime décennal.

La question se résume donc, dès lors que l'on admet que l'ACPR fait bien son travail, à celle de la supervision des compagnies en LPS et LE.

Systèmes de supervision

Le principe est que le contrôle d'une compagnie d'assurance est confié au superviseur du pays d'origine. En l'absence de règles spécifiques applicables au niveau européen, le superviseur local peut ne pas être au fait des règles de fonctionnement du système français et donc ne pas opérer un contrôle suffisant et efficace pour prévenir les défaillances. Il est de fait difficile de connaître et de maîtriser les réglementations applicables dans l'ensemble des États membres.

La qualité du contrôle peut aussi dépendre du dimensionnement de l'organe de contrôle et de la bonne identification par ce dernier de la nature des risques souscrits par les compagnies dans le cadre de leurs activités transfrontalières.

Au-delà des règles de provisionnement de la compagnie elle-même, la question de la réassurance doit également être prise en compte au moment du contrôle, une partie des risques étant transférée au réassureur.

Or, à ce jour, ni l'autorité de supervision du pays d'accueil ni l'autorité européenne EIOPA ne peuvent effectuer un contrôle direct des comptes d'une compagnie intervenant en LPS ou LE. L'autorité du pays d'accueil peut seulement assurer le respect du droit applicable au contrat ainsi que des dispositions réglementaires relatives à l'information et au devoir de conseil.

Des plateformes d'échanges d'informations peuvent être mises en place entre différentes autorités de contrôle, sous l'égide de l'EIOPA. Ces plateformes visent à sensibiliser les différentes autorités de contrôle aux particularités des différents systèmes nationaux, en l'occurrence l'assurance décennale pour la France. L'ACPR a aussi publié un document relatif aux statistiques du marché français de la construction en se basant sur les résultats d'une quinzaine de compagnies soumises à son contrôle afin de mettre en évidence les spécificités et les résultats de la branche.

Premières défaillances et retraits sur le marché européen

Preuve de la défaillance de ce mode de supervision, depuis fin 2016, les difficultés de certains de ces assureurs se multiplient :

- Gable Insurance AG, basé au Liechtenstein, a été placé en liquidation judiciaire en novembre 2016 ;
- Elite Insurance Company Limited, située à Gibraltar, s'est retirée du marché en juillet 2017 ;
- en février 2018, sur injonction de la Banque centrale d'Irlande, CBL Insurance Europe a cessé immédiatement toute souscription et tout renouvellement de contrats d'assurance. Depuis, un administrateur a été désigné par la justice irlandaise. En parallèle, une filiale néo-zélandaise du groupe a été placée en liquidation provisoire ;

- » – Alpha Insurance A/S, le 5 mars 2018, ne souscrit plus à la suite de l'interdiction de l'autorité de contrôle danoise de conclure ou de renouveler tout contrat d'assurance, y compris d'assurance construction en France. La compagnie est en liquidation depuis le 8 mai.

Conséquences des défaillances

Possibilités limitées de faire intervenir un fonds de garantie

En matière d'assurance construction, le recours au Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) en cas de défaillance d'un assureur ne concernait initialement que les assureurs agréés en France et soumis au contrôle de l'État français via l'ACPR. Ainsi, en cas de défaillance d'un assureur intervenant en LPS ou LE, aucun recours au FGAO n'était possible.

Jugeant cette situation discriminatoire pour les assureurs d'autres pays de l'Union européenne (UE) distribuant des contrats en France, une société de courtage travaillant avec des assureurs LPS a déposé une plainte auprès de la Commission européenne en 2013. Cette dernière lui a donné raison sur le fondement d'une restriction à la liberté d'établissement au sein de l'UE (articles 49 et 56 du traité de fonctionnement de l'UE, TFUE). En juin 2015, elle a adressé un avis motivé à la France pour qu'elle mette sa réglementation en conformité avec les textes européens. Le Parlement a donc habilité le gouvernement à redéfinir, par voie d'ordonnance, le périmètre d'intervention du fonds de garantie et ses modalités de financement⁹. C'est ainsi que, depuis le 1^{er} juillet 2018, l'intervention du FGAO est étendue à la défaillance d'un assureur intervenant en France en LPS ou en LE (ordonnance du 27 novembre 2017 et arrêté du 30 juin 2018). En parallèle, son périmètre est circonscrit aux défaillances d'assureurs ayant délivré une assurance dommages-ouvrage (la responsabilité civile décennale n'entre plus dans le champ d'intervention du FGAO). Le financement du fonds est assuré par une contribution en fonction des niveaux de provisionnement dont chaque assureur dommages-ouvrage peut justifier.

Seuls les contrats conclus ou renouvelés à compter du 1^{er} juillet 2018 ouvrent droit au bénéfice du FGAO. Ce dernier n'a ainsi pas vocation à intervenir dans les cas de Gable Insurance et d'Alpha Insurance A/S, dans la mesure où l'ensemble des contrats ont été souscrits ou renouvelés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Il en irait de même en cas de défaillance d'autres assureurs LPS pour tout contrat souscrit ou renouvelé avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

S'agissant de la possibilité, en cas de défaillance d'une compagnie œuvrant en LPS ou en LE, de faire intervenir un fonds de garantie dans son pays d'origine, la réponse est très incertaine, notamment en raison de l'hétérogénéité des systèmes existants en Europe et des particularités du régime

français. Le cas d'Alpha Insurance A/S en est une parfaite illustration. Il existe de fait un fonds de garantie au Danemark, mais il s'avère difficile d'en comprendre les contours et les modalités de fonctionnement, le Danemark ne connaissant pas de système tel que la décennale française.

Situation des acteurs en l'absence d'intervention d'un fonds

Face à la défaillance d'une compagnie d'assurance, l'absence d'assurance et/ou d'intervention en garantie n'enlevant rien à la responsabilité des constructeurs et à l'application du régime décennal, l'ensemble de la filière sera impacté.

• Pour les constructeurs :

- ceux dont l'assureur fait faillite devront financer les sinistres sur leurs fonds propres ou souscrire une nouvelle garantie pour la reprise des chantiers passés (les sinistres déjà survenus ne peuvent être repris par un nouvel assureur). Cela pourrait entraîner nombre de liquidations d'entreprises ;
- ceux qui ont sous-traité à ces constructeurs pourraient aussi en payer le prix si leur assureur ne peut plus exercer de recours ;
- les coresponsables d'un sinistre pourraient subir les conséquences de la solidarité prévue par les textes.

• Pour les maîtres d'ouvrage :

- pour les contrats dommages-ouvrage souscrits jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance, l'intervention du fonds de garantie étant circonscrite à la défaillance d'un assureur agréé en France, les maîtres d'ouvrage ne pourront pas le saisir ;
- faute d'intervention d'un assureur dommages-ouvrage (que la garantie n'ait pas été souscrite ou que l'assureur soit défaillant), les maîtres d'ouvrage auront la possibilité de se retourner contre les constructeurs et leurs assureurs, sous réserve que ces derniers ne soient pas également défaillants.

• Pour les assureurs :

- en cas de défaillance de l'assureur dommages-ouvrage, l'expertise unique prévue par la convention CRAC ne pourra pas être mise en place, le ticket modérateur ne pourra pas s'appliquer. Faut de préfinancement un accroissement de la dérive judiciaire ne peut être exclu ;
- d'une manière plus générale, les assureurs devraient tenir compte de l'aggravation de la charge des sinistres dans leur politique tarifaire et de souscription.

Le Bureau central de tarification pourrait, quant à lui, faire face à un nombre très important de dossiers d'entreprises qui n'ont pas pu trouver de solution d'assurance sur le marché. Il convient ici de noter qu'il n'est compétent qu'en matière d'assurance obligatoire et n'est à ce jour pas dimensionné pour faire face à un afflux très important de demandes.



1. Il s'agit des entreprises visées à l'article L. 341-1 du Code des assurances, en particulier :
 - les entreprises françaises, pour l'ensemble de leurs opérations, y compris celles de leurs succursales établies à l'étranger ;
 - les succursales d'entreprises étrangères, autres que celles dont le siège social se trouve dans un État membre de l'Union européenne, pour leurs opérations sur le territoire de la République française ou, lorsqu'elles sont soumises à une vérification de solvabilité globale exercée par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, pour les opérations effectuées dans l'ensemble des pays auxquels s'étend cette vérification.
2. Article L. 243-1-1 du Code des assurances.
3. Sauf en ce qui concerne les plafonds de garantie à la suite de l'arrêté du 19 novembre 2009.
4. Convention entre assureurs qui vise principalement à assurer un règlement rapide et équitable des sinistres et à maîtriser les coûts de gestion.
5. Chiffres FFA.
6. Article 23 de la directive.
7. Article 76 de la directive.
8. Quelques statistiques concernant le marché français de l'assurance construction – analyses et synthèses de l'ACPR (février 2018).
9. Article 149 de la loi dite « Sapin II » du 9 décembre 2016.

» PROPOSITIONS D'ÉVOLUTION DU SYSTÈME

Au vu des constats de la mission, cinq évolutions concrètes et ciblées du régime devraient être mises en œuvre afin de garantir les conditions d'une saine concurrence entre acteurs et d'une protection adaptée de l'utilisateur.

Clarifier le champ de la décennale

La gestion d'un risque long, en capitalisation, suppose de définir clairement, et à l'avance, les responsabilités et obligations de chacun. Or les incertitudes quant au périmètre exact et au fonctionnement des garanties légales et des assurances obligatoires qui y sont attachées mettent en péril les équilibres financiers du régime. Ce constat plaide pour une clarification, et sans doute une modernisation, du champ de la responsabilité décennale et de l'assurance construction. Une telle démarche devrait permettre de gagner en lisibilité auprès de l'ensemble des acteurs et de prendre en compte l'innovation dans le secteur de la construction.

PROPOSITION

1

Réviser les textes pour clarifier le champ de la responsabilité décennale et des assurances obligatoires.

Rééquilibrer les rapports entre dommages-ouvrage et responsabilité décennale

Il y a une dizaine d'années, face aux difficultés des maîtres d'ouvrage à trouver une assurance dommages-ouvrage, les rapports entre assurance dommages-ouvrage et responsabilité décennale ont été révisés. Le constat est aujourd'hui tout autre : l'assurance dommages-ouvrage est devenue plus aisée à souscrire, en particulier pour les professionnels, mais ne joue plus correctement son rôle de préfinancement rapide des désordres. Le système à double détente, clé de voûte du régime d'assurance construction est aujourd'hui mis à mal par la multiplication des contentieux et des déclarations injustifiées ou mal orientées. Il convient dès lors de proposer des mesures de nature à rétablir les équilibres.

PROPOSITION

2

Pénaliser les assureurs dommages-ouvrage qui ne jouent pas leur rôle de préfinancement rapide des désordres. Réduire le nombre de déclarations injustifiées ou mal orientées par la mise en place d'une franchise en assurance dommages-ouvrage et une révision du ticket modérateur en conséquence.

Placer la qualité et la prévention au centre des préoccupations

Qu'il s'agisse de responsabilité décennale ou d'assurance construction, le système ne peut fonctionner correctement que si tous les acteurs agissent de manière responsable. Même à supposer que la mise en place de mesures pour limiter les déclarations abusives et injustifiées soit acquise (voir proposition 2), il convient de travailler aussi en amont, pour prévenir les sinistres. Actuellement, les maîtres d'ouvrage, y compris professionnels, ne subissent qu'indirectement et très partiellement les conséquences des choix faits lors de la construction : qualité des intervenants et du SAV, choix des modes constructifs, règles de prévention (étude de sol, contrôle technique...), etc.

Côté constructeur, la compétence, la qualification et la qualité du SAV devraient être davantage valorisées. La quasi-absence de saisine du Bureau central de tarification (BCT) est symptomatique d'une absorption par le marché de l'ensemble des risques, y compris les plus hasardeux.

PROPOSITION

3

Favoriser, par la tarification des compagnies d'assurance, les comportements responsables : mesures de prévention des risques, qualification des entreprises, SAV efficace, etc.

Mieux contrôler les provisions sur le risque construction

Faute d'identification des risques construction souscrits en France, d'application des mêmes règles prudentielles par l'ensemble des compagnies intervenant dans le secteur et de contrôles adéquats par les superviseurs des différents États membres, d'autres faillites sont à craindre. Le respect de règles de provisionnement adaptées par l'ensemble des compagnies d'assurance, associé à un contrôle strict des provisions, est donc indispensable à la prévention des risques de défaillance.

PROPOSITION

4

Garantir un niveau et un contrôle adéquat des provisions par :
– une identification claire des risques souscrits sur la branche construction en France ainsi que des schémas de distribution (courtage, mandats) ;
– l'application des mêmes niveaux de provision dans l'ensemble des pays européens grâce à des règles fixées par l'EIOPA ;
– un cantonnement des actifs.

Redéfinir les modalités de financement du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages

Si le scénario de défaillances en chaîne – qui est déjà une réalité – se poursuit, voire se renforce, les conséquences seront catastrophiques pour l'ensemble de la filière construction : défaillances d'entreprises qui ne pourront assumer l'indemnisation des sinistres sur leurs fonds propres ; maîtres d'ouvrage privés de garantie en cas de sinistre ; augmentation généralisée des tarifs d'assurance construction ; voire retrait total ou partiel de certains assureurs, etc.

L'ordonnance du 27 novembre 2017 étendant l'intervention du FGAO à la défaillance d'un assureur intervenant en France en LPS ou LE prévoit que le financement de cette mission du fonds est assuré par l'assurance dommages-ouvrage, en fonction des niveaux de provisionnement dont chaque assureur justifie.

Or, c'est précisément l'insuffisance de provisions de certaines compagnies qui menace la stabilité globale du système. Il importe donc de redéfinir les modalités de financement du FGAO. D'une part, en étendant l'assiette de contribution aux assureurs de responsabilité décennale. D'autre part, étant entendu que la contribution au fonds de garantie tient compte des niveaux de provision au regard des primes, il convient ensuite de l'adapter en fonction des niveaux de primes pratiqués par chaque compagnie au regard des niveaux moyens constatés sur le marché de l'assurance construction. Il s'agit ici d'éviter qu'une sous-estimation des primes entraîne une sous-estimation des provisions.

PROPOSITION

5

Moduler fortement les contributions au fonds de garantie français en fonction du niveau comparé des provisions constituées et des risques pris sur la construction en France, tant en dommages-ouvrage qu'en responsabilité civile décennale.



La Fédération française du bâtiment a l'ambition d'ouvrir un débat sur la base de ses propositions afin d'éviter une crise majeure de l'assurance construction.

La Fédération française du bâtiment
remercie les acteurs du monde
de l'assurance et
de celui de la construction
qui ont été auditionnés dans le cadre
du présent rapport, et précise
que son contenu n'engage qu'elle-même.



La Fédération française du bâtiment (FFB) est forte de 50 000 adhérents, dont 35 000 de taille artisanale. Ces entreprises réalisent les deux tiers des 135 milliards d'euros HT* du chiffre d'affaires et emploient les deux tiers des 1 069 000 salariés* du secteur. Déclarée officiellement première organisation patronale représentative des employeurs du bâtiment, pour toutes les tailles d'entreprises, la FFB défend en toute indépendance les intérêts collectifs de l'ensemble de la branche.

* Chiffres 2017.