

La garantie de remplacement automobile au Québec : identification de la nature juridique du produit

E. Frédy Bekono and Gilles Bernier

Volume 76, Number 2, 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1106298ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1106298ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté des sciences de l'administration, Université Laval

ISSN

1705-7299 (print)

2371-4913 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Bekono, E. & Bernier, G. (2008). La garantie de remplacement automobile au Québec : identification de la nature juridique du produit. *Assurances et gestion des risques / Insurance and Risk Management*, 76(2), 203–225.
<https://doi.org/10.7202/1106298ar>

Article abstract

This paper aims at analyzing whether a replacement guarantee for a motor vehicle written off as a total loss is an insurance product or not. For this purpose, we rely on a framework based on both insurance theory and regulatory practices. This allows us to identify common characteristics (or features) which are required of all insurance contracts. We then test whether these features apply to the specific case of a replacement guarantee. Our results clearly show that such a contract is not a simple consumer product as it is currently considered in Quebec. Instead, it is, in our view, an insurance product that is complementary to a basic automobile insurance coverage.

La garantie de remplacement automobile au Québec : identification de la nature juridique du produit

par E. Frédy Bekono et Gilles Bernier

RÉSUMÉ

Cet article se propose d'examiner si la garantie de remplacement est un produit d'assurance ou non. À cet effet, nous présentons un cadre d'analyse basé sur la théorie et les pratiques réglementaires de l'assurance. Celui-ci nous a permis d'identifier des caractéristiques communes ou éléments indispensables aux contrats d'assurance. Sur la base de ces caractéristiques, nous appliquons des tests d'identification à la garantie de remplacement. Nos résultats indiquent que la garantie de remplacement n'est pas un produit de consommation comme on la considère actuellement au Québec, mais plutôt un produit d'assurance complémentaire à l'assurance automobile.

Mots clés : Garantie de remplacement, assurance.

Les auteurs :

E. Frédy Bekono est étudiant au programme MBA en finance, Faculté des sciences de l'administration, Université Laval. Cet article est basé sur l'essai de maîtrise rédigé par E. Frédy Bekono sous la direction de Gilles Bernier. Frédy remercie la Chaire d'assurance et de services financiers L'Industrielle-Alliance pour la bourse de recherche qui lui a été décernée afin de lui permettre de rédiger son essai. Courriel : fredy.bekono.1@ulaval.ca

Gilles Bernier, Ph.D., est titulaire de la Chaire d'assurance et de services financiers L'Industrielle-Alliance et professeur de finance et assurance à la Faculté des sciences de l'administration de l'Université Laval, 2325, rue de la Terrasse, Québec (Québec), Canada, G1V 0A6. Courriel : Gilles.Bernier@fas.ulaval.ca

Les auteurs remercient Benoît Vaillancourt et Éric Stevenson (L'Autorité des marchés financiers) ainsi que Michel Caron et Édouard Onguéné.

This paper aims at analyzing whether a replacement guarantee for a motor vehicle written off as a total loss is an insurance product or not. For this purpose, we rely on a framework based on both insurance theory and regulatory practices. This allows us to identify common characteristics (or features) which are required of all insurance contracts. We then test whether these features apply to the specific case of a replacement guarantee. Our results clearly show that such a contract is not a simple consumer product as it is currently considered in Quebec. Instead, it is, in our view, an insurance product that is complementary to a basic automobile insurance coverage.

Keywords: Replacement guarantee, insurance.

I. INTRODUCTION

Au Québec, professionnels, commerçants, juges¹ et autorités réglementaires partagent des avis différents quant à la nature juridique de la garantie de remplacement. Malheureusement, aucune étude académique n'aborde cette question.

On se rappelle qu'au début des années 1990 les premiers contrats de garantie de remplacement prenaient la forme d'un certificat émis par un assureur au nom du consommateur, mais vendu par les concessionnaires. Ces derniers agissaient à cet effet uniquement comme intermédiaire de marché pour le compte des assureurs qui couvraient le risque de perte totale suite à un vol, un incendie ou un accident. Ces garanties prévoyaient donc un transfert de risque du concessionnaire à l'assureur. Au début de 1995, l'Inspecteur Général des Institutions Financières (l'IGIF, maintenant L'Autorité des marchés financiers) a fait cesser la vente de telles garanties suite aux nombreuses plaintes formulées par les courtiers d'assurance de dommages.

Depuis 1996, la garantie de remplacement a été réintroduite sur le marché québécois sous une autre forme puisqu'elle est maintenant offerte directement par les concessionnaires, les marchands d'automobiles et les entreprises spécialisées. Elle vise à garantir au consommateur qu'il pourra se faire remplacer son véhicule par un autre suite à une perte totale le tout, selon les conditions précisées dans le contrat. Cette forme de garantie, contrairement à l'ancienne, implique que le concessionnaire assume lui-même le risque de réclamations.

Dans ce contexte, l'IGIF reconnaissait en 1999 que la garantie de remplacement n'était pas une assurance mais plutôt une entente contractuelle entre le consommateur et son concessionnaire et donc,

un produit de consommation. Quelques raisons ont possiblement pu justifier ce choix. Premièrement, l'IGIF s'est peut-être fondé sur le fait que ceux qui achètent une garantie de remplacement doivent se procurer chez leur concessionnaire un véhicule de la même marque que le véhicule accidenté. Cette modalité fait en sorte que l'on s'écarte de l'assurance qui ne comporte pas ce genre de restriction. Deuxièmement, l'IGIF a pu considérer le fait que le concessionnaire était souvent détenteur d'une couverture d'assurance responsabilité contractuelle et ce, afin de se faire indemniser pour la perte subie lors du remplacement d'un véhicule en vertu de la garantie qu'il avait vendue à un consommateur. Troisièmement, selon le Bureau d'assurance du Canada (2005), l'avis de l'IGIF était fondé sur le fait que les concessionnaires ne versaient pas une indemnité monétaire au client.

Depuis la fin de 2004, l'Autorité des marchés financiers (AMF) se questionne à nouveau sur la nature juridique de la garantie de remplacement dans la foulée du retrait important des assureurs disposés à offrir une couverture d'assurance responsabilité contractuelle aux concessionnaires, de la hausse de prix subie par les consommateurs qui achètent une telle garantie ainsi que du vide juridique existant quant à l'encadrement de ce produit.

Aussi, afin de déterminer si ce produit est un produit d'assurance ou de consommation et, de façon subséquente, statuer sur une approche de distribution, plusieurs consultations publiques ont été tenues (en 2005 et 2006) par l'AMF. Il ressort, suite à notre analyse des documents de consultation soumis à l'AMF, deux écoles de pensée. D'une part, il y a ceux qui pensent que la garantie de remplacement est un produit de consommation² et d'autre part, ceux qui jugent qu'il s'agit d'un produit d'assurance³.

Lorsqu'on analyse les arguments des uns et des autres, la difficulté de déterminer avec exactitude la nature de la garantie de remplacement tient du manque d'outils ou mécanismes appropriés d'analyse. Les objectifs de cet article sont (1) de proposer un cadre conceptuel permettant l'identification des contrats d'assurance et (2) de déterminer, à l'aide de ce cadre, la nature juridique de la garantie de remplacement. Pour atteindre ces objectifs, nous (1) recherchons parmi des développements théoriques définissant la notion d'assurance ainsi que les pratiques réglementaires, des éléments indispensables permettant d'identifier les contrats d'assurance des autres formes de contrats et (2) nous appliquons ces critères à la garantie de remplacement. Nos résultats permettent de conclure que la garantie de remplacement est un produit d'assurance.

La suite de l'article s'organise comme suit. Dans la section 2, nous construisons un cadre conceptuel d'identification des contrats d'assurance basé sur la théorie de l'assurance et les pratiques réglementaires. Il s'agit principalement de partir des définitions de la notion d'assurance pour ensuite dégager les caractéristiques communes et indispensables pour distinguer les contrats d'assurance des autres types de contrats. Dans la section 3, nous montrons que la garantie de remplacement est un produit d'assurance.

2. CADRE CONCEPTUEL D'IDENTIFICATION DES CONTRATS D'ASSURANCE

Comment distinguer un contrat d'assurance des autres types de contrats? Pour répondre à cette question nous partirons de la définition de la notion d'assurance (2.1) afin de ressortir les caractéristiques communes aux contrats d'assurance (2.2).

2.1 Définition de la notion d'assurance

Théoriquement, il n'est pas aisé de définir la notion d'assurance. Kimball (1992) affirme qu'il n'existe pas une définition systématique de cette notion. Cette difficulté pourrait s'expliquer par le fait que la notion d'assurance traduit différentes réalités (Ewald, 1991). Cependant, pour saisir cette notion dans sa globalité, nous partons de son histoire pour ensuite présenter des définitions de quelques économistes et les définitions juridiques.

2.1.1 Histoire de l'assurance

Dans la pratique, les techniques de l'assurance remonteraient à l'Égypte ancienne et à la Grèce antique où elles étaient appliquées dans le commerce maritime. Toutefois, plusieurs auteurs s'accordent à dire qu'on doit à Nicholas Barbon la naissance de l'assurance sous sa forme organisationnelle moderne⁴. En effet, suite aux nombreux incendies⁵ ayant dévasté la ville de Londres au cours de l'année 1666, Barbon donne naissance à l'*assurance* grâce à deux innovations importantes. La première était la création d'une compagnie d'assurance bien organisée qui réduirait les conséquences monétaires des futurs incendies. Ainsi, les individus et les entreprises seraient indemnisés pour leurs pertes. La deuxième innovation était la création de brigades d'intervention chargées de prévenir et de limiter les dommages causés par les feux. Les innovations de Barbon ont eu pour

conséquence de donner aux individus une certaine satisfaction psychologique dans la mesure où, en s'assurant auprès de la compagnie d'assurance, ils se sentaient plus en sécurité et moins vulnérables quant aux conséquences des incendies futurs. Ils étaient plus optimistes quant à l'avenir.

D'une manière générale, cette brève l'histoire de l'assurance enseigne que celle-ci naît du souci des personnes de gérer les événements futurs dont la survenance engendrerait des pertes monétaires, des biens et/ou des dommages corporels. L'histoire de l'assurance permet ainsi d'identifier trois aspects importants : (1) l'existence d'un événement incertain dont la réalisation conduirait à des pertes, (2) le partage de ces pertes entre des personnes courant le même risque et (3) la constitution de fonds ou réserves en capital en vue de faire face aux pertes.

2.1.2 Définitions économiques de l'assurance

Les travaux du classique Pfeffer (1956) sont sans doute ceux ayant permis, d'une part, une meilleure compréhension du concept d'assurance et, d'autre part, l'émergence des théories économiques de l'assurance. En effet, dans son livre "*Insurance and Economic Theory*", cet auteur souligne la nécessité d'une théorie économique dynamique permettant de saisir le concept d'assurance dans ses différents aspects et indépendamment de l'approche de définition⁶. À partir d'une analyse des définitions existantes de la notion d'assurance, l'auteur fait une synthèse des éléments permettant d'identifier les contrats d'assurance. Ainsi, le concept d'assurance peut s'analyser : (1) sur le plan de la forme : un contrat, une entente, une promesse, un accord, un arrangement ou une transaction, un dispositif social, etc., (2) la raison ou l'objet : la distribution des pertes, du risque, des risques de pertes économiques; le partage des risques, des pertes; la restauration du capital ou des pertes économiques, etc., (3) les moyens : le transfert du risque, l'acceptation du risque par l'assureur, etc., (4) l'intérêt d'assurance : intérêt pouvant être monétairement estimé, intérêt matériel, etc., (5) l'offre de l'assureur : la compensation de l'assuré, l'indemnification de l'assuré, l'acceptation du risque de perte, la promesse de reconstitution du capital ou de la perte économique, etc., et (6) les risques de l'assuré : un péril spécifique, un événement fortuit, occasionnel, inconnu ou un événement au-delà du contrôle des parties, un risque spécifique, etc. (p. 34-36)

La définition qui ressort des analyses de Pfeffer est la suivante : "*Insurance is a device for the reduction of the uncertainty of one party, called the insured, through the transfer of particular risks to another party, called the insurer, who offers a restoration, at least*

in part, of economic losses suffered by the insured” (p. 53). Cette définition est basée sur trois principaux éléments : le principe de réduction de risque, l’incertitude et le transfert du risque.

Les définitions des auteurs contemporains remplissent les critères décrits par le cadre de Pfeffer. La définition de Smith et Wiening (1994) ressort explicitement les éléments à prendre en compte pour identifier les contrats d’assurance. Selon ces auteurs, “*Insurance is a system by which a risk is transferred by a person, business, or organization to an insurance company, which reimburses the insured for covered losses and provides for sharing the costs of the losses among all insureds. Risk, transfer, and sharing are vital elements of insurance.*” (p. 3)

2.1.3 Définitions légales de l’assurance

Du point de vue réglementaire, l’identification des contrats d’assurance se fait sur la base de la définition donnée par la loi. Contrairement à la définition économique qui permet de saisir l’assurance à travers ses mécanismes de gestion, selon Denenberg (1963), la définition juridique permet principalement de distinguer les produits qui seront régulés selon les lois relatives aux contrats d’assurance et les produits qui ne le seront pas. Les définitions légales de l’assurance sont différentes d’un pays à un autre.

Au Québec, la définition légale de l’assurance apparaît à l’article 2389 du Code civil. Ce dernier stipule que l’assurance est un contrat par lequel « l’assureur, moyennant une prime ou cotisation, s’oblige à verser au preneur ou à un tiers une prestation dans le cas où un risque couvert par l’assurance se réalise ». Cette définition met l’accent sur trois principaux éléments à savoir : *la prime ou cotisation, la prestation et le risque*. Elle ne prend pas cependant en compte la notion de perte et d’autres éléments. Dans la province de l’Ontario: “*Insurance*” means the undertaking by one person to indemnify another person against loss or liability for loss in respect of a certain risk or peril to which the object of the insurance may be exposed, or to pay a sum of money or other thing of value upon the happening of a certain event, and includes life insurance”. Cette définition s’appuie sur la notion de risque, de perte subie par l’assuré, du paiement d’une indemnité, d’une somme d’argent ou d’autre chose par l’assureur à l’assuré. Cependant, elle ne prend pas en compte la notion de prime.

D’une manière générale, les définitions juridiques de l’assurance mettent l’accent sur les éléments suivants : le paiement d’une prime ou d’une cotisation par l’assuré, le versement d’une prestation ou d’une

indemnité par l'assureur. La principale remarque que l'on puisse formuler à l'égard des définitions juridiques est qu'elles ignorent ou mettent de côté un élément fondamental des définitions économiques, celui de partage ou de la distribution des pertes entre les assurés par l'assureur.

Il convient de remarquer que, dans certains pays cependant, la loi ne donne pas une définition de la notion d'assurance. Elle établit plutôt un guide d'identification des contrats d'assurance. On peut citer l'exemple du Royaume-Uni. En effet, au Royaume-Uni, le *Financial Service Authority* (FSA) a mis sur pied un guide d'identification des contrats d'assurance. Ainsi, un produit sera considéré comme un contrat d'assurance s'il obéit aux caractéristiques définies dans le périmètre de réglementation du guide⁷.

2.2 Les caractéristiques communes aux contrats d'assurance

De l'histoire des définitions de la notion d'assurance et des pratiques réglementaires qui viennent d'être présentées, nous pouvons ressortir les éléments permettant de caractériser les contrats d'assurance⁸. Toutefois, parmi ces éléments, nous pouvons isoler ceux qui sont communs à tous les contrats d'assurance. Il s'agit de l'existence : d'un risque, d'une indemnité, d'un service ou autre chose, du transfert de risque de l'assuré à l'assureur et du partage des pertes entre les assurés par l'assureur. Un dernier élément à prendre en compte est celui de l'objet et de la raison principale du contrat d'assurance.

2.2.1 L'identification du risque

Il est admis que le risque est la notion première qui permet de justifier l'existence de l'assurance; c'est la raison d'être de l'assurance. Cet élément apparaît dans toutes les définitions rencontrées. Selon Jerry (2002), la compréhension de la notion de risque et de ses implications économiques constitue la pierre angulaire permettant de saisir la notion d'assurance. En effet, l'assurance naît du désir des agents économiques de gérer les risques et *les événements adverses*⁹ auxquels ils font face. Principalement pour ceux qui ont une aversion *au risque*, l'assurance, entre autres mécanismes¹⁰, apparaît comme un moyen de financement du risque consistant à le transférer à un autre individu apte à mieux l'assumer.

Le *Financial Services Authority* (2006), au Royaume-Uni, met l'accent sur le fait que la connaissance du risque et le désir de s'en débarrasser doivent émaner du client. Aussi, si le fournisseur a la connaissance discrétionnaire du risque et de l'évènement futur, le

contrat ne serait pas vu comme un contrat d'assurance. Autrement dit, le risque couvert par le contrat doit être externe à l'émetteur. Prenons l'exemple des garanties offertes par les fabricants, ces contrats ne sont pas considérés comme des produits d'assurance pour la simple raison que le risque pour lequel le contrat est conçu émane du fabricant et non du client. Ici, c'est le fabricant qui se protège contre le risque de perdre sa clientèle et sa crédibilité. Mais par contre, si le même contrat est offert par une entité autre que le fabricant, alors il y a de fortes chances que le contrat soit considéré comme de l'assurance.

2.2.2 Le caractère indemnitaire des contrats d'assurance de dommages

Toutes les définitions rencontrées pour décrire l'assurance font référence au droit de l'assuré de recevoir, en échange d'une prime, une *prestation* quelconque, quelle soit monétaire ou non. En effet, certains contrats d'assurance ne donnent pas droit à une prestation monétaire mais plutôt à un service. Ce type de contrat est le plus souvent rencontré dans le domaine de l'assurance santé où l'assuré achète le droit de bénéficier d'un traitement spécifique. En assurance de dommages, on parle plutôt d'une *indemnité*.¹¹ La notion d'indemnité est un concept qui distingue clairement l'assurance de dommages par rapport à l'assurance-vie, laquelle repose sur le concept de valeur agréée et non pas sur le principe indemnitaire. Pour tenir compte de ce fait, certaines législations, à l'exemple du Québec, définissent plutôt les différents modes possibles de compensation d'un assuré en termes de *prestation*. Ainsi, les contrats d'assurance de dommages garantissent à l'assuré le paiement d'une prestation indemnitaire advenant le risque pour lequel le contrat est souscrit. Le caractère indemnitaire des contrats d'assurance de dommages apparaît aussi bien dans les définitions économiques que juridiques.

2.2.3 L'assurance comme mécanisme de transfert de risque

Une fois le risque et l'indemnité ou la prestation ou autre chose mis en évidence, il convient d'analyser si le contrat donne lieu à un véritable transfert de risque entre les parties. En effet, l'assurance est un mécanisme de transfert de risque d'un individu à un autre. Baker (2002) va plus loin en associant à ce transfert de risque un transfert de responsabilité. La partie qui se débarrasse du risque est considéré comme *l'assuré* et celle qui l'achète et en devient porteur est *l'assureur*. Il devient non seulement le porteur du risque mais détient également la responsabilité de payer des dommages advenant le risque.

Dans la mise en évidence du mécanisme de transfert de risque, d'autres éléments du contrat d'assurance peuvent être mis en évidence. On peut citer à titre d'exemple le coût du contrat, qui est la prime d'assurance payée par l'assuré à l'assureur à des échéances précises¹² et pour une durée de temps. *La prime d'assurance*¹³ est fixée par l'assureur de manière à compenser la perte prévue. À cette *prime pure* viennent s'ajouter des *chargements* reflétant les coûts de fonctionnement de l'assureur. En contrepartie, l'assureur garantit à l'assuré qu'il lui verserait une indemnisation ou un service ou autre chose qui compenserait ses pertes en cas de survenance du risque. Il convient toutefois de noter que cet élément n'est pas important pour distinguer les contrats d'assurance des autres formes de contrats dans la mesure où il existe des contrats dans lesquels les assurés fournissent à l'assureur un acte autre que le paiement d'une prime d'assurance.

Cependant, la plupart des contrats donnent lieu au transfert de risque. Raison pour laquelle il est le plus souvent associé à ce mécanisme, celui de partage des pertes entre les assurés par l'assureur.

2.2.4 Le mécanisme de partage des pertes entre les assurés par l'assureur

Pour le *Government Accounting Office* (2006), aux États-Unis, les principes de transfert des risques et de partage des pertes entre les assurés représentent les principaux éléments permettant de distinguer un contrat d'assurance des autres formes de contrats. Selon Baker (2002), les contrats d'assurance ont cette caractéristique de répartir les pertes entre l'ensemble des assurés dans la mesure où les primes payées par les uns sont utilisées pour compenser les pertes enregistrées par d'autres. Ceci donne au mécanisme de transfert de risque décrit plus haut une dimension collective associée à une fonction d'allocation des ressources. Cette pratique est rendue possible par l'application de la loi fondamentale en assurance, la *Loi des grands nombres*¹⁴. Pour parvenir à ce partage des pertes entre les assurés, les assureurs ont recours aux méthodes statistiques, aux calculs actuariels, etc., afin de déterminer la distribution future des pertes, en termes de fréquence et de sévérité, et de calculer le montant des primes.

2.2.5 L'objet et la raison principale des contrats d'assurance

Partant du constat qu'il existe des contrats similaires à de l'assurance dans lesquels on retrouve les éléments de risque, d'indemnité, de transfert de risque et de partage de pertes, il a été mis sur pied aux

États-Unis un test connu sous son appellation anglaise de *principal object and purpose test*¹⁵. Ce test permet de saisir la nature de la relation contractuelle entre les cocontractants. Selon Jerry (2002), ce test vise à répondre aux questions suivantes : Quel est l'objet principal du contrat? S'agit-il d'une indemnité ou d'autre chose? Ainsi, pour les cours de justice aux États-Unis, même si le contrat est un contrat indemnitaire, il faut s'assurer que l'indemnisation constitue sa raison et son objet principal. Si tel est le cas, le contrat serait considéré comme de l'assurance. L'encadré suivant décrit une application de ce test.

ENCADRÉ
EXEMPLE D'APPLICATION DU *PRINCIPAL OBJECT AND PURPOSE TEST* AUX GARANTIES OFFERTES PAR LES FABRICANTS.

It is apparent, for example, that warranties involve both risk-transference and distribution. The firm that manufactures roofing shingles encourages consumers and contractors to purchase these goods by warranting their quality for a period of time, usually years; yet the firm knows that some percentage of the shingles will fail to perform as expected. By promising to repair or replace defective shingles, the firm essentially assumes the risk associated with the defective goods, which the buyers of the product would otherwise carry. Moreover, the firm includes in the product price a charge that is "reserved" for the purpose of paying for the cost of repairing or replacing defective goods. It is as if the sellers collect a "premium" from all buyers for "insurance" against defective shingles. The sum is placed in a pool, and the few buyers who end up with defective shingles are reimbursed for their loss from this pool. It may appear that the buyers purchase insurance, in the form of a warranty, against the risk of defective shingles, and this risk is, in effect, distributed across all shingle buyers. Although the purchase of a good accompanied by a warranty has features of insurance, the warranty is at the periphery of the main purpose of the transaction: the buyer desires to purchase roofing materials, and the warranty is incidental to this purchase. Thus, the principal object and purpose of the purchase of shingles is not to distribute risk, and ordinary warranties do not constitute insurance. If the warranty, however, goes beyond a guarantee of a product's fitness, it is possible that a court will find the insurance aspects of the transactions to be dominant. To illustrate, a warranty accompanying the sale of a new tire pursuant to which the manufacturer promises to repair or replace the tires if they are damaged by faulty construction or materials and specifically excluding road hazards from the scope of the warranty is not insurance; but a guarantee that purports to indemnify the purchaser of tires against not only internal defects but also all road hazards that make the tires unfit may constitute insurance. It is one thing to say "these tires are good tires, and if they fail to give good performance under normal conditions, we will replace them," but it is another to say that "these tires are not meant to be driven on poorly aligned cars or

ENCADRÉ (suite)

on out-of-balance wheels, but if this should happen, we will replace them anyway.” In the same vein, a “tire warranty” that promises to replace the tires if they are stolen has elements of insurance not found in the garden-variety warranty.

Source : R. H. Jerry (2002), p. 26-27.

3. ANALYSE DE LA NATURE DE LA GARANTIE DE REMPLACEMENT

Dans cette section, nous montrons que la garantie de remplacement est un produit d'assurance à part entière comme le soutiennent les tenants de la deuxième école de pensée. Pour y parvenir, nous nous servons, dans un premier temps, de l'argument historique montrant que la genèse de l'offre d'un produit, permet certes d'avoir une idée sur les motivations des acteurs, mais n'est pas suffisante pour déterminer la nature de celui-ci (3.1). Dans un deuxième temps, nous montrons, selon une perspective juridique, que la garantie de remplacement n'est pas un produit de consommation (3.2) et enfin, nous nous servons des caractéristiques communes aux contrats d'assurance pour effectuer des tests d'identification de la garantie de remplacement (3.3).

3.1 L'argument historique : genèse de l'offre de la garantie de remplacement

Les concessionnaires automobiles lors des consultations publiques organisées par l'AMF partent de la genèse de l'offre de la garantie de remplacement pour justifier le fait qu'il s'agit d'un produit de consommation. À cet égard, on peut citer la Corporation des concessionnaires d'automobiles du Québec (CCAQ) (2006) :

« Les concessionnaires ont été les premiers à vendre la garantie de remplacement en 1992, afin de répondre à un véritable besoin des acquéreurs de véhicules. Rappelons-nous qu'à l'époque, les assureurs qui offraient la valeur à neuf par avenant FPQ no. 1 étaient extrêmement sélectifs, et leurs critères de sélection et d'élimination étaient tels que de nombreux consommateurs ne se qualifiaient pas pour cette protection. Ainsi, en fonction de l'âge de l'assuré, de la marque du véhicule, de l'histoire de réclamation du consommateur, voire même de la région où est utilisé le véhicule, des consommateurs se voyaient régulièrement refuser l'avenant de valeur à neuf par les assureurs » (p. 8).

À notre avis, cet argument n'est pas valable dans la mesure où l'origine d'un instrument d'échange ne suffit pas pour déterminer sa nature juridique. La mise en contexte faite par la CCAQ, certes, explique la naissance de l'offre de la garantie de remplacement par les concessionnaires, mais vient aussi démontrer qu'il s'agit d'un produit qui, du point de vue conceptuel, était du ressort des assureurs qui offraient déjà *l'avenant valeur à neuf* (maintenant connu comme étant l'avenant 43). Dès lors, la question est de savoir si l'on peut réellement substituer un produit d'assurance par un produit de consommation ne présentant pas les caractéristiques d'un contrat d'assurance.

3.2 La perspective juridique : la garantie de remplacement n'est pas un produit de consommation¹⁶

Le recours à la Loi sur la protection du consommateur (LPC) et au Code civil du Québec permet de constater que la garantie de remplacement ne saurait être considérée comme un produit de consommation. En effet, au sens de la LPC, le chapitre III de cette loi relatif à certains contrats traite des garanties dans sa section I. Elle identifie trois types de garantie : les garanties légales, les garanties conventionnelles et les garanties supplémentaires portant principalement sur la défectuosité du bien vendu ou mis en location¹⁷. Or, la garantie de remplacement ne correspond à aucune de ces trois formes de garanties. Dans la pratique, la garantie de remplacement se rapproche des garanties supplémentaires. L'article 260.6 du titre III.2 portant sur l'administration des sommes perçues en matière de garantie supplémentaire définit une telle garantie comme :

« [...] un contrat en vertu duquel un commerçant s'engage envers un consommateur à assumer directement ou indirectement, en tout ou en partie, le coût de la réparation ou du remplacement d'un bien ou d'une partie d'un bien advenant leur défectuosité ou leur mauvais fonctionnement et ce, autrement que par l'effet d'une garantie conventionnelle de base accordée gratuitement à tout consommateur qui achète ou qui fait réparer ce bien ».

Selon cette définition, les garanties supplémentaires, lorsqu'elles sont rattachées à la vente ou à la location d'un véhicule, portent sur la défectuosité ou la mauvaise qualité dudit véhicule ou de l'une de ses pièces. D'une manière générale, elles portent sur les risques liés à la qualité du produit commercialisé. Or, la garantie de remplacement porte explicitement sur la perte totale de la valeur dudit véhicule en cas de vol ou d'accident. Ce qui est différent du risque de qualité.

De même, dans le Code civil du Québec, la garantie de remplacement ne correspond pas à une des formes de garantie qui y sont décrites. En effet, le Code civil du Québec identifie quatre types de garanties s'appliquant aux véhicules automobiles neufs : les garanties de propriété confirmant que l'acheteur est bel et bien le propriétaire en titre du véhicule qu'il achète; la garantie de sécurité (cf. art. 1469), la garantie de qualité par laquelle le vendeur est tenu de fournir à l'acheteur un bien de bonne qualité et exempt de tout vice caché et enfin la garantie d'usage normal précisant que le véhicule qui est vendu est à même de servir à l'usage auquel il est destiné. Il est donc nécessaire de reconnaître juridiquement que la garantie de remplacement n'est pas un produit de consommation.

Lorsqu'on examine la définition de l'assurance donnée dans l'article 2389 C.c.Q., on se rend compte que la garantie de remplacement semble obéir à la description qui est faite d'un produit d'assurance. Premièrement, le client paie aux concessionnaires une prime qui en retour lui garantit la fourniture d'une prestation (le remplacement du véhicule ayant subi la perte totale) et le contrat porte sur un risque. Cependant, on ne saurait se limiter à ces éléments juridiques dans la mesure où ces derniers ne sont pas toujours suffisants pour distinguer les contrats d'assurance des autres types de contrats.

3.3 Les caractéristiques des contrats de garantie de remplacement : application des tests d'identification

Dans la section 2, nous avons identifié les caractéristiques communes aux contrats d'assurance. Parmi celles-ci, nous avons ressorti ceux qui sont pertinents pour distinguer les contrats d'assurance des autres types de contrats. Il s'agit de la notion de risque, du caractère indemnitaire, du transfert du risque de l'assuré à l'assureur, du partage des pertes entre les assurés par l'assureur et de l'objet et la raison principale du contrat. Afin de tester si la garantie de remplacement respecte ces caractéristiques, nous appliquons la démarche décrite par la figure 1.

3.3.1 Le risque couvert par la garantie de remplacement¹⁸

Un client qui achète ou qui loue un véhicule fait face, en plus du risque de perte totale et dépendamment du mode de financement, à un ou deux principaux risques additionnels pouvant survenir en cas de perte totale dont il aimerait se couvrir (Figure 2). Même s'il est détenteur d'une assurance automobile, ces risques additionnels peuvent considérablement remettre en cause sa sécurité financière. Ainsi, pour se sentir suffisamment en sécurité, il devra souscrire, en plus de l'assurance dommage de base, des assurances complémentaires pour couvrir ces deux risques additionnels.

FIGURE I
CADRE CONCEPTUEL D'IDENTIFICATION DES CONTRATS D'ASSURANCE

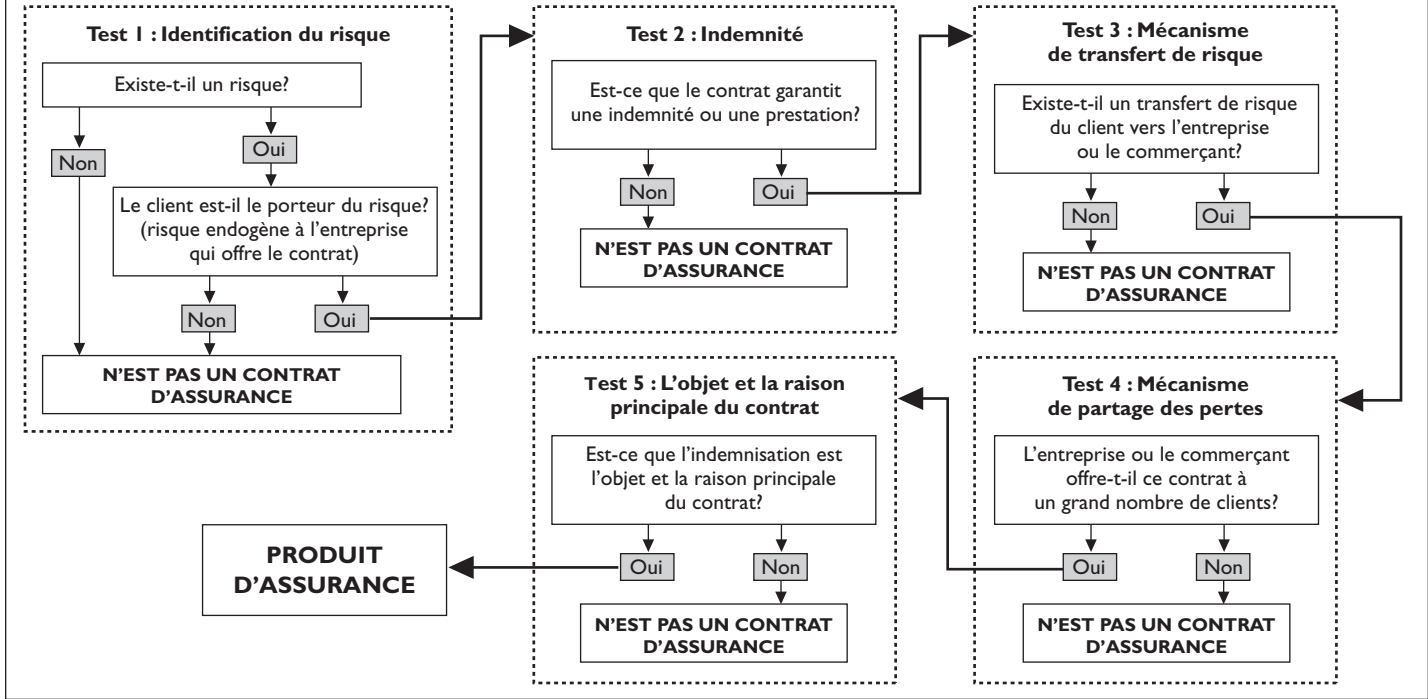
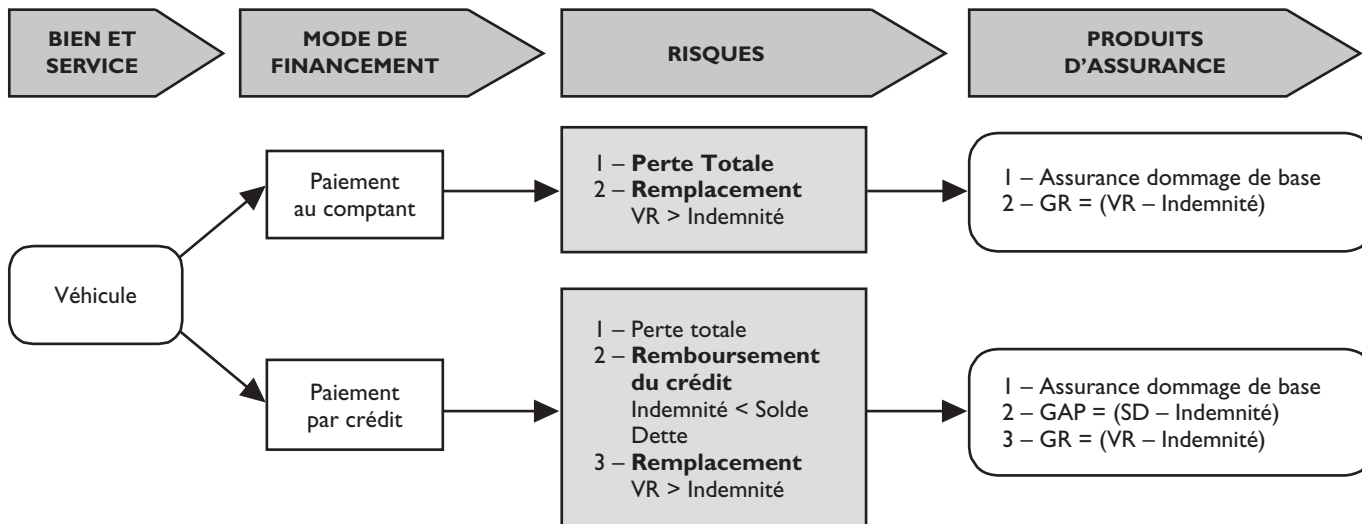


FIGURE 2
RISQUES ADDITIONNELS ASSOCIÉS À UNE PERTE TOTALE



VR = Valeur de remplacement du véhicule

Indemnité = Montant de l'indemnisation reçu par le client à même son assurance dommage de base

GAP = Garantie Auto Protection Insurance

GR = Garantie de remplacement

Au Québec, la garantie de remplacement vise spécifiquement à couvrir le risque lié au remplacement du véhicule en cas de perte totale, soit la différence entre la valeur de remplacement et le montant que le client reçoit de l'assureur à même son assurance dommage de base¹⁹. Elle apparaît comme une assurance complémentaire puisque le client qui y souscrit est d'abord détenteur d'une assurance dommage de base.

Aux États-Unis, par contre, il n'existe pas de produit similaire à la garantie de remplacement. Les contrats spécifiques rencontrés sont plutôt connus sous l'appellation de *Guarantee Auto Protection (GAP) Insurance*. Ils couvrent la différence entre le solde de la dette restant (dû par le client au concessionnaire ou à un établissement de crédit) et le montant que le client pourrait recevoir de l'assureur à même son assurance automobile. Pendant longtemps, la question du caractère produit d'assurance des contrats GAP a fait l'objet de controverses. Aujourd'hui, la plupart des états américains les considèrent comme des produits d'assurance²⁰.

Au Royaume-Uni, il existe des produits similaires à la garantie de remplacement visant également à couvrir le risque lié au remplacement du véhicule ayant subi la perte totale. Ces produits sont considérés par les autorités réglementaires comme des produits d'assurance. On peut citer le *Back to Invoice Insurance* qui paie la différence entre l'indemnisation reçue de l'assureur à même son assurance primaire et la valeur d'origine du véhicule et le *Vehicle Replacement Insurance* qui, en cas de perte totale, couvre la différence entre le montant d'indemnisation reçu de l'assurance automobile primaire et le coût de remplacement du véhicule dont les spécifications sont connues à l'avance, même si le prix du véhicule a augmenté²¹.

Pour contredire la thèse selon laquelle la garantie de remplacement est un produit d'assurance, on évoque souvent l'idée selon laquelle celle-ci porte sur la dépréciation ou la vétusté du véhicule. Un tel argument n'est pas valable pour deux raisons. La première vient du fait que, dans certaines circonstances, la vétusté ou la dépréciation constitue un risque assurable²². La deuxième raison tient au fait que la garantie de remplacement ne porte pas réellement sur le risque de vétusté. En effet, dans la mesure où la garantie de remplacement fait l'objet d'un contrat spécifique (et non un avenant), le risque de vétusté est déjà éliminé par l'assurance dommage de base puisque l'assureur paie la valeur actuelle du véhicule.

3.3.2 La garantie de remplacement : un contrat indemnitaire

On s'accorde à définir la garantie de remplacement comme un contrat dans lequel le vendeur « en cas d'une perte totale de votre

véhicule neuf, [...], s'engage à remplacer ledit véhicule en prenant à sa charge la différence entre le coût payé par la garantie pour un véhicule de remplacement de l'année courante et le montant payé plus toute indemnité versée par votre police automobile standard »²³. À la suite de cette définition, on se rend compte que l'objet principal de la garantie de remplacement est d'indemniser le propriétaire ou le locataire d'un véhicule en cas de survenance du risque de perte totale (vol ou accident). Cette indemnité, non monétaire mais estimable, est le remplacement du véhicule par un autre à l'état neuf.

3.3.3 La garantie de remplacement comme mécanisme de transfert de risque

Le troisième test d'identification consiste à mettre en évidence le mécanisme de transfert de risque né du contrat. Un client acheteur ou locataire d'un véhicule fait face, comme nous l'avons déjà signalé, au risque lié au remplacement de son véhicule en cas de perte totale. Le fait pour lui d'acheter une garantie de remplacement montre son désir de se couvrir contre ce risque. C'est cette raison qui le pousse à payer au concessionnaire une *prime d'assurance*²⁴. Par ce mécanisme, le concessionnaire ou l'émetteur du contrat de garantie de remplacement devient porteur du risque et s'engage à indemniser le client en remplaçant le véhicule par un autre.

3.3.4 La garantie de remplacement : un mécanisme de partage des pertes entre les clients

Dans la mesure où les offreurs de la garantie de remplacement vendent ce produit à un nombre important de clients, il en découle que ces derniers sont capables de répartir les risques et les pertes entre l'ensemble des assurés.

Un point de vue ressort des propositions soumises à l'AMF par les tenants de la pensée selon laquelle la garantie de remplacement est un produit de consommation. Selon ces derniers, la garantie de remplacement ne saurait être considérée comme un produit d'assurance dans la mesure où c'est ultimement le concessionnaire qui subit une perte et supporte par ce fait le coût lié au remplacement de véhicule²⁵. *Le mécanisme de partage de pertes entre les clients* permet de nuancer ce raisonnement. En effet, il est évident que le concessionnaire offre ces garanties de remplacement à plusieurs consommateurs ceci moyennant un certain *prix*. Il dispose donc, d'une part, de fonds lui permettant de faire face à ses engagements et, d'autre part, d'un portefeuille de clients qui en théorie est constitué d'individus dont le risque de «perte totale» est identique. Ainsi, pour

supporter le coût lié au remplacement du véhicule, il faudrait d'abord qu'il y ait une perte totale. Et puisque celle-ci ne saurait survenir au même moment pour l'ensemble des individus constituant son portefeuille, *le mécanisme de partage des pertes entre les clients* s'applique puisque les primes qu'il a collectées lors de la vente des garanties lui permettent de couvrir par conséquent les coûts de remplacement. À notre avis, en moyenne, le concessionnaire ne subit pas de perte.

3.3.5 L'objet et la raison principale de la garantie de remplacement

L'objet principal de la garantie de remplacement est mis en évidence grâce au *principal object and purpose test*. Lorsqu'un concessionnaire vend une garantie de remplacement, sa principale motivation est de fournir au client une assurance que son véhicule en cas de perte totale sera remplacé par un autre. Même s'il apparaît que la raison première de la transaction entre le concessionnaire et le client est l'achat d'un véhicule et que la garantie de remplacement semble être accessoire et secondaire à cette transaction, il convient toutefois de remarquer que, du côté du client, lorsqu'il achète une garantie de remplacement, sa motivation première est de se couvrir contre la perte totale en transférant ce risque au concessionnaire. De plus, pour le concessionnaire, la raison et l'objet principal de la garantie de remplacement sont de fournir au client une assurance que son véhicule ayant subi la perte totale sera remplacé par un autre; dès lors, nous pouvons conclure que la garantie de remplacement est un produit d'assurance.

Les cinq tests d'identification ressortis du cadre théorique qui viennent d'être effectués montrent que la garantie de remplacement satisfait aux caractéristiques communes aux contrats d'assurance. Ces résultats apportent une réponse à la question du caractère produit d'assurance ou non de la garantie de remplacement.

4. CONCLUSION

Cet article avait pour objectifs (1) de proposer un cadre conceptuel permettant l'identification des contrats d'assurance et (2) de déterminer, à l'aide de ce cadre, la nature juridique de la garantie de remplacement. Pour atteindre ces objectifs, nous sommes partis d'un cadre théorique reposant sur la définition de la notion d'assurance et les pratiques réglementaires d'identification des contrats d'assurance. Celui-ci nous a permis d'identifier les principaux éléments

permettant d'identifier les contrats d'assurance et les distinguer des autres types de contrats. Il s'agissait de l'existence d'un risque, d'une indemnité ou d'une prestation, du transfert de risque du client au fournisseur, du partage des pertes entre les assurés par l'assureur et enfin de l'objet et la raison principale du contrat. Une application de ces tests à la garantie de remplacement nous permet de conclure que celle-ci est un produit d'assurance à part entière dans la mesure où (1) le contrat porte sur un risque assurable (celui lié au remplacement du véhicule ayant subi la perte totale), (2) le concessionnaire garantit au client la fourniture d'une prestation qui est le remplacement de son véhicule en cas de perte totale. De plus, (3) le contrat donne lieu à un transfert de risque entre le client qui accepte de payer une prime et le concessionnaire qui accepte de recevoir la prime en contrepartie. En offrant ce contrat à plusieurs clients, (4) le concessionnaire est capable de répartir les pertes entre les clients. Enfin, (5) l'objet et la raison principale de la garantie de remplacement sont l'indemnisation du client par le remplacement du véhicule ayant subi la perte totale.

Références

- Baker, T. (2002), «Insurance and the Law». Disponible à l'adresse SSRN : « <http://ssrn.com/abstract=242026> » (ou DOI : 10.2139/ssrn.242026).
- Baranoff, E. (2004), *Risk Management and Insurance*, United States, Leyh Publishing, LLC.
- Cutler, D. M. et Zeckhauser, R. (2004), "Extending the Theory to Meet the Practice of Insurance", Harvard University.
- Denenberg, H. S. (1963), "The Legal Definition of Insurance : Insurance Principles in Practice", *The Journal of Insurance*, Vol. 30, No. 3, pp. 319-343.
- Ewald, F. (1991), "Insurance and Risk" in Burchell et al (eds.), *The Foucault Effect*, U. Chicago Press.
- Financial Service Authority (FSA) (2006), "Guidance on the Identification of Contracts of Insurance (PERG 6)". Document disponible à l'adresse : « <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/PERG/6> ».
- Government Accounting Office (United States) (2006), "Definition of Insurance and Related Information". Document disponible à l'adresse : « <http://www.gao.gov/new.items/d06424r.pdf> ».
- Harrington, S. E. et Niehaus, G. R. (2004), *Risk Management and Insurance, Revised Second Canadian Edition*, Canadian adaptation completed independently by Kleffner, A. E. et Nielson, N. L., McGraw-Hill, New-York.
- Hellner, J. (1963), The Scope of Insurance Regulation : What Is Insurance for Purposes of Regulation? *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 12, No. 4. (Autumn, 1963), pp. 494-543.
- Jerry, R. H. II (2002), "What Is Insurance?" Chapter 1 reproduit de *Understanding Insurance Law*, Troisième Edition, par Robert H. Jerry II, Matthew Bender & Company, Inc.

- Jokinen, A. (2001), “The Great Fire of London, 1666,” *Luminarium*. Disponible à l’adresse : < <http://www.luminarium.org/encyclopedia/greatfire.htm> >.
- Kimball, L. S. (1992), *Cases and Materials on Insurance Law*, Aspen Pub.
- Klein, G. B. (2001), “The World’s First Insurance Company”, *International Risk Management Institute*, Disponible à l’adresse : < <http://www.irmi.com/Expert/Articles/2001/Klein07.aspx> >.
- OPC, “Guide – Demande de permis de commerçant de garantie supplémentaire”. Disponible à l’adresse : < http://www.opc.gouv.qc.ca/Documents/Publications/Depliant/DEP_Garantie_Garantie.aspx >.
- Outreville, J. F. (1997), *Theory and Practice of Insurance*, Kluwer Academic Publishers, Norwell, Massachusetts.
- Perrault, J. P. et Chick, J. T. (2006), “Survey of Selected State GAP/Debt Cancellation Regulations”. Document disponible à l’adresse : < <http://www.mcglinchey.com/images/pdf/ELAGAPSurvey.pdf> >.
- Pfeffer, I. (1956), *Insurance and Economic Theory*, Homewood, Illinois, R.D. Irwin, Inc.
- Picard, M. et Besson, A. (1982), *Les assurances terrestres*, Tome premier : Le contrat d’assurance par A. Besson, Cinquième Édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.
- Schmalensee, R. (2006), “New Risks, News Products and News Regulations: Insurance for the 21st Century”, Barbon Discussion Paper No. 06-03.
- Smith, B. D. et Wiening, E. A. (1994), “How Insurance Works”, 2nd Edition, Insurance Institute of America.
- Starkweather, D. (1970), “Regulation of Health Insurance: A Review”, *SAGE Publications*. Disponible à l’adresse : < <http://mcr.sagepub.com/cgi/reprint/27/4/335?ck=nck> >.
- Todd, J. D., Kueber, M. A. et O’Keefe, P. (2006), “The Concept and Definition of Insurance: Is It Challenging?”. Document disponible sur le lien : < <http://www.singlearticles.com/the-concept-and-definition-a601.html> >.

Codes consultés

- Ontario Insurance Act. Disponible à l’adresse : < <http://www.canlii.org/on/laws/sta/i-8/20080215/whole.html> >.
- Code civil du Québec. Disponible à l’adresse : < <http://www.canlii.org/qc/legis/loi/ccq/20080215/tout.html> >.

Liste des propositions soumises à l’AMF dans le cadre des consultations publiques

Ces propositions sont disponibles à l’adresse :

< <http://www.lautorite.qc.ca/consultations-publiques/consultations-anterieures/distribution-produits-assurance-automobile.fr.html?mode=content> >.

Accès Focus Direct

Association canadienne des compagnies d’assurances de personnes inc. (ACCAP)

Association canadienne des institutions financières en assurance (ACIFA/CAFII)

Association des marchands de véhicules d'occasion du Québec (AMVOQ)
Association pour la protection des automobilistes (APA)
Bureau d'assurance du Canada (BAC)
Chambre de l'assurance de dommages (ChAD)
Chambre de la sécurité financière (CSF)
Corporation des assureurs directs de dommages du Québec (CADD)
Corporation des concessionnaires d'automobiles du Québec (CCAQ)
FB PLUS INC. (HAMPSTEAD CAMERON)
Formation CIME INC.
Gestion professionnelle inc. (GPI)
Groupe PPP
Groupement des assureurs automobiles (GAA)
Mouvement des caisses Desjardins
Option consommateurs
Regroupement des cabinets de courtage d'assurance du Québec (RCCAQ)
Soform inc.
Vision Avant-Garde

Notes

1. Deux décisions de justice portant sur la garantie de remplacement ont été rendues par des tribunaux au Québec. Dans la première décision rendue par le juge Claude Bigué en septembre 2006 lors du litige opposant DMC Soudure inc. au Groupe PPP, la garantie de remplacement est explicitement considérée comme un produit d'assurance. Par contre, une deuxième décision rendue par le juge Jean-F. Keable en décembre 2007 lors du litige opposant Desaulniers au Groupe Formation Cime inc., vu les sens différents donnés par les parties au contrat, le tribunal interprète le contrat comme un produit de consommation (contrat de remplacement et non un contrat d'assurance) selon les règles du Code de commerce (article 1427). Ces décisions sont disponibles à l'adresse : « www.jugements.qc.ca ».

2. Cette conception est défendue principalement par des acteurs de l'industrie de l'automobile. Elle regroupe les points de vue de l'Association des marchands de véhicules d'occasion du Québec (AMVOQ), l'Association pour la protection des automobilistes (APA) et la Corporation des concessionnaires d'automobiles du Québec (CCAQ). On peut associer à cette catégorie des entreprises telles que : Focus Direct, FB PLUS INC. (HAMPSTEAD CAMERON), Formation CIME INC., Gestion professionnelle inc. (GPI), Groupe PPP, Option consommateurs, Soform inc. et Vision Avant-Garde. Leur position est étayée par deux principaux arguments tenant à l'origine et au cadre légal applicable à ce produit. Premièrement, la garantie de remplacement est un produit développé et mis sur pied par les concessionnaires d'automobiles depuis 1992. Deuxièmement, le cadre légal actuel ne permet pas de considérer la garantie de remplacement comme un produit d'assurance puisqu'aucun article de la Loi sur les produits et services financiers (Loi 188) ne traite de ce produit. De plus, le fait de ne pas considérer la garantie de remplacement comme un produit d'assurance reflète la volonté du législateur au Québec qui s'était déjà prononcé sur cette question.

3. Ce point de vue est défendu principalement par les entreprises évoluant dans les secteurs des assurances et des services bancaires : l'Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes inc. (ACCAP), l'Association canadienne des institutions financières en assurance (ACIFA/CAFII), le Bureau d'assurance du Canada (BAC),

la Chambre de l'assurance de dommages (ChAD), la Chambre de la sécurité financière (CSF), la Corporation des assureurs directs de dommages du Québec (CADD), le Mouvement des caisses Desjardins et le Regroupement des cabinets de courtage d'assurance du Québec (RCCAQ). Cette école de pensée se base sur l'article 2389 C.c.Q. qui définit la notion d'assurance et permet de ressortir les éléments juridiques d'un contrat d'assurance que la garantie de remplacement satisfait à savoir : l'existence d'un risque, le paiement d'une prime par le client et la fourniture d'une prestation par le concessionnaire en cas de réalisation du risque pour lequel la garantie est émise.

4. Voir Klein, G. B. (2001), "The World's First Insurance Company", *International Risk Management Institute*, disponible à l'adresse : « <http://www.irmi.com/Expert/Articles/2001/Klein07.aspx> ».

5. Voir Jokinen (2001), "The Great Fire of London, 1666", *Luminarium*, Oct. 26th, disponible à l'adresse suivante : « <http://www.luminarium.org/encyclopedia/greatfire.htm> ».

6. Il existe en effet plusieurs approches de définition du concept d'assurance. L'approche dépend le plus souvent de la discipline de l'auteur, de la question à laquelle il voudrait répondre, du fait qu'il veut expliquer, etc. On peut donc avoir une approche actuarielle, mathématique ou économique, historique, psychologique, etc.

7. Voir *Guidance on the Identification of Contracts of Insurance* (PERG 6). Document disponible à l'adresse : « <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/PERG/6> ».

8. Pour une revue de ces éléments, on peut également se référer à Hellner, J. (1963), *The Scope of Insurance Regulation : What Is Insurance for Purposes of Regulation?* *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 12, No. 4. (Autumn, 1963), pp. 494-543. On peut aussi voir Todd, Kueber et O'Keefe (2006), "The Concept and Definition of Insurance : Is It Challenging?" font une synthèse de ces éléments. Document disponible sur le lien : « <http://www.singlearticles.com/the-concept-and-definition-a601.html> ».

9. Un événement adverse pour un individu peut être défini comme un événement dont la réalisation aurait des conséquences sévères (pertes potentielles) sur ce dernier. Le plus souvent, il peut être saisi sur la base de deux concepts : *la fréquence et la sévérité des pertes*.

10. Il existe deux principaux mécanismes de gestion des risques : le transfert et la rétention. Le transfert fait intervenir les techniques de couverture telles que l'assurance alors que la rétention, parfois appelée l'auto-assurance, fait intervenir les techniques telles que la diversification.

11. "Indemnity is the right to receive compensation from another for a loss. Indemnity does not alter the assignment of liability, but permits the indemnified to effectively escape the burden of paying for the liability incurred. An insurance contract is the most common form of indemnification and source of indemnity". Disponible à l'adresse suivante : « <http://en.wikipedia.org/wiki/Indemnity> ».

12. Il convient de remarquer qu'il existe des contrats d'assurance à paiement unique. Exemple d'une assurance temporaire au décès à capital décroissant.

13. La prime d'assurance peut revêtir plusieurs formes. Elle peut être monétaire ou en nature (l'assuré fournit un service à l'assureur). Le plus souvent, elle est à paiement périodique.

14. « Essentiellement, la loi des grands nombres indique que lorsque l'on fait un tirage aléatoire dans une série de grande taille, plus on augmente la taille de l'échantillon, plus les caractéristiques statistiques du tirage (l'échantillon) se rapprochent des caractéristiques statistiques de la population ». Loi des grands nombres. (20 mai 2007). *Wikipédia, l'encyclopédie libre*. Page consultée le 22 mai 2007, 17:36, à partir de : « http://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Loi_des_grands_nombres&oldid=17083761 ».

15. Ce test est utilisé comme référence par la plupart des cours de justice aux États-Unis pour statuer si un produit constitue de l'assurance ou non. Il a été mis sur pied par la cour de Jordan dans le litige l'opposant au groupe d'association de santé dans le District de Columbia en 1939. Pour en savoir plus sur la genèse de ce test on peut lire

Starkweather, D., 1970, "Regulation of Health Insurance :A Review", SAGE Publications. Disponible à l'adresse : « <http://mcr.sagepub.com/cgi/reprint/27/4/335?ck=nck> ».

16. Les idées développées dans cette section ont pour source principale le mémoire du Bureau d'assurance du Canada (2005).

17. Il existe des distinctions fondamentales entre ces trois types de garantie. La garantie légale en vertu de la loi porte essentiellement sur la qualité. Elle est obligatoire et ne nécessite pas un contrat. De plus, elle est offerte gratuitement et peut prendre plusieurs formes : garantie contre des vices cachés, garantie d'aptitude du bien à son usage, garantie de durabilité. Les garanties conventionnelles et supplémentaires quant à elles viennent bonifier la garantie légale. Contrairement à la garantie légale, elles ne sont pas toujours disponibles. Elles doivent explicitement faire l'objet d'un contrat, écrit ou verbal. Les garanties conventionnelles peuvent être offertes gratuitement ou moyennant des frais alors que les garanties supplémentaires ont toujours un prix.

18. Un point important qu'il faudrait souligner dans ce test est que la perception du risque et le désir de se couvrir devraient a priori émaner du client et non de l'entreprise qui vend le contrat. Cet élément est important pour distinguer les garanties conventionnelles (défectuosité d'un appareil, panne d'une voiture durant les premiers mois d'utilisation ...) des garanties supplémentaires telles que la garantie de remplacement. Pour le premier type, c'est le fournisseur qui a la perception et la connaissance discrétionnaire du risque de défectuosité et, par conséquent, offre la garantie au client. Cette garantie ne saurait donc être considérée comme un contrat d'assurance. Mais, pour les garanties supplémentaires telles que les garanties de remplacement, c'est le client qui a la perception et la connaissance discrétionnaire du risque. Dans ce cas, a priori, le concessionnaire ne détient pas d'information sur le niveau de risque du client, la qualité de sa conduite, l'importance qu'il accorde à la sécurité. Ce type de garantie serait considéré comme un produit d'assurance.

19. Du côté du concessionnaire, la garantie de remplacement, bien qu'elle ne se rapporte pas explicitement à la capacité financière du client, permet dans une certaine mesure à ce dernier de gérer le risque d'insolvabilité du client. En effet, si le client finance l'acquisition de son véhicule par un crédit auprès d'un concessionnaire ou une autre institution financière, le fait que ce dernier souscrive à la garantie de remplacement assure à ses créanciers ou au concessionnaire qu'il y aura toujours un véhicule servant de collatéral à la transaction de crédit. Pour le client, ceci lui procure une certaine satisfaction psychologique dans la mesure où, en cas de perte totale, le nouveau véhicule permet de maintenir son contrat de crédit ou de crédit-bail. De plus, lorsqu'on examine le mécanisme de la garantie de remplacement, on peut se rendre compte que ce produit garantit au concessionnaire un certain volume de chiffre d'affaires en cas de survenance du risque de perte totale.

20. Pour en savoir plus sur la question de la réglementation des contrats GAP aux États-Unis, voir Perrault, J. P. et Chick, J. T. (2006), "Survey of United States GAP Regulation", disponible à l'adresse : « <http://www.mcglinchey.com/images/pdf/ELAGAPSurvey.pdf> ».

21. Ces produits sont offerts par les assureurs. La distribution peut être faite par tout intermédiaire détenant une autorisation de la Financial Services Authority (FSA). Pour un exemple d'une entreprise spécialisée distribuant le GAP Insurance pour le compte d'un assureur, click4gap. Voir « <http://www.click4gap.co.uk/> ».

22. En France, il existe des contrats d'assurance portant sur la vétusté. Voir Picard et Besson (1982), Tome premier.

23. Voir « <http://www.cimeinc.qc.ca/fr/impact.html> ».

24. Le plus souvent, la prime est à paiement unique et est incluse dans le montant de la dette due par le client au concessionnaire ou à l'institution financière.

25. Voir proposition Gestion professionnelle Inc. (2006).