

ASSURANCE VIE

La mise en œuvre du devoir de conseil poursuit son évolution

► Les deux ordonnances de décembre 2008 et janvier 2009 dressent les contours du nouveau cadre légal de la commercialisation des contrats d'épargne vie

► Les professionnels commentent les mesures phares du futur dispositif, simples de prime abord mais qui recèlent quelques pièges pour les producteurs et les distributeurs

L'assurance vie n'est pas un produit financier... mais un peu quand même ! Le 30 janvier 2009, le gouvernement prenait une ordonnance relative à la commercialisation des contrats d'assurance vie qui, selon ses propos, « prend acte de la profonde transformation des systèmes financiers et de la porosité de la frontière entre les produits d'investissement, d'épargne financière et d'assurance vie ». Ce texte complète l'ordonnance du 5 décembre 2008 relative à la mise en place de codes de conduite (lire l'encadré). Ces deux ordonnances, pour mémoire, ont été prises en application de l'article 152 de la loi de Modernisation de l'économie du 4 août 2008 (2008-776). Que peut-on attendre de ces apports faits au Code des assurances ? Les professionnels répondent.

Une meilleure reconnaissance des codes de conduite. L'homologation des codes de conduite prévue par l'ordonnance du 5 décembre 2008 apporte des dispositions novatrices. « En effet, pour la première fois au niveau du Code des assurances, la relation entre le distributeur et le fournisseur de produits est encadrée », met en avant Pierre Xavier Soulé-Susbielles, commissaire contrôleur au sein de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (Acam).

Quelle peut être l'utilité de cette mesure ? « De conventionnel, le code va devenir, par son homologation, une norme quasiment réglementaire que les particuliers pourront invoquer en justice », commente Pierre-Grégoire Marly, avocat et maître de conférences à l'Université de Paris I. Pour Jean-François Salphati, avocat au barreau de Paris, « cette approche déontologique est sans doute intéressante pour les commerciaux, mais on est en droit de s'interroger sur son utilité devant le juge. Que devient la portée des articles fondateurs de la responsabilité contractuelle ou délictuelle ? Cet empilement de textes donne l'impression que les sources du droit ne suffisent plus ».

Une publicité validée et non mensongère. A compter du mois de janvier 2010, les intermédiaires d'assurance, les banques par exemple, devront faire valider par leurs assureurs les documents publicitaires liés aux contrats.

« Sur ce terrain, il faut prévoir la question de la preuve de la remise et de l'acceptation par l'assureur », avertit Jean-François Salphati. « Les assureurs, mais également les intermédiaires qui auraient élaboré les documents publicitaires, sont tenus à une

véritable obligation de cohérence : la publicité ne peut contredire les caractéristiques réelles du produit vanté », complète Pierre Grégoire Marly.

Par ailleurs, prévoir dans la loi que toutes les communications en direction des clients doivent être honnêtes peut paraître, en 2009, préoccupant, surtout lorsque cette même loi laisse aux professionnels concernés jusqu'au 1^{er} juillet 2010 pour satisfaire à cette obligation. Et pourtant, cette disposition n'est pas anodine au regard du pouvoir de sanction de l'autorité de contrôle. « En l'état actuel de l'édifice normatif, faire condamner un opérateur pour publicité mensongère passe par la saisine du procureur de la République. Il s'agit d'une procédure complexe. A compter du 1^{er} juillet 2010, grâce au nouvel article L. 132-27, l'Acam aura la possibilité d'infliger elle-même une sanction à ceux qui auront manqué à leurs obligations », poursuit Pierre Xavier Soulé-Susbielles.

L'assureur sera tenu de fournir aux intermédiaires tous les éléments qui lui permettent d'apprécier les caractéristiques du contrat

Informations producteur-distributeur. Dans moins d'un an, l'assureur sera tenu de fournir aux intermédiaires tous les éléments qui lui permettent d'apprécier les caractéristiques du contrat. « En d'autres termes, cette disposition vise à répondre à la question suivante : l'élément qui a conduit à la mise en cause de la responsabilité du courtier par l'assuré est-il imputable à un défaut d'information de l'entreprise d'assurance ? Une fois de plus, il conviendra d'aménager avec justesse la charge de la preuve entre les professionnels », avertit Jean-François Salphati. « Et cela va entraîner un gros travail de contractualisation », admet Marie-Hélène Poirier, la directrice juridique de Swiss Life France.

Le texte ne dit rien au sujet de la relation entre intermédiaires. Pour être plus précis, il ne règle pas la question du courtage grossiste qui se situe au milieu de la chaîne entre l'assureur et l'apporteur final. Or, ce dernier n'est pas dispensé de soumettre sa communication à l'assureur et, en retour, celui-ci doit lui fournir les informations nécessaires à l'appréciation des caractéristiques du contrat.

Devoir de conseil formalisé. « La principale évolution de l'ordonnance du 30 janvier 2009 est d'étendre aux entreprises d'assurances, et notamment à leurs réseaux salariés, non pas le devoir de conseil qui était déjà consacré par la jurisprudence, mais sa définition légale et la formalisation qui l'accompagne. In fine, cela n'entraîne pas de modifications majeures », résume Philippe Poiget, directeur des affaires juridiques et fiscales de la Fédération française des sociétés d'assurances.

Pour Isabelle Monin-Lafin, avocate associée du cabinet Monin Berthault, « les autorités européennes, au moment de la directive intermédiation en assurance, avaient mal appréhendé le périmètre des distributeurs d'assurance vie et de capitalisation. L'idée, à présent, est de tenir compte non plus des statuts des distributeurs, mais de raisonner en termes de produits. Ainsi, le courtier d'assurance qui pouvait penser qu'il était exonéré de s'enquérir des connaissances et de l'expérience du client en matière financière, à la différence d'un prestataire de services d'investissement (PSI) ou d'un conseil en investissements financiers, sait à présent qu'il doit se soumettre à cette obligation ».

SYNTHÈSE DES NOUVEAUX TEXTES DU CODE DES ASSURANCES

Ordonnance n° 2008-1271 du 5 décembre 2008 : codes de conduite et conventions producteurs et distributeurs (articles 2 et 4)

Art. L. 310-9 – Permet l'homologation des codes de conduite que les organismes d'assurance élaborent en matière de vente de contrats d'assurance vie.

Art. L. 132-28 – Impose aux intermédiaires de l'article L. 511-1 du Code des assurances d'établir des conventions avec les assureurs. Celles-ci doivent prévoir

les conditions de validation par l'assureur des documents publicitaires et celles de remise par ce dernier aux intermédiaires des éléments d'appréciation des caractéristiques du contrat.

Ordonnance n° 2009-106 du 30 janvier 2009 : commercialisation des produits d'assurance vie (article 3)

Art. L. 132-27 – Prévoit que toutes les informations, y compris celles à caractère publicitaire, présentent un contenu exact, clair et non trompeur.

Art. L. 132-27-1 – Impose à l'assureur

ou à l'intermédiaire d'assurance avant la conclusion du contrat de donner un conseil adapté aux besoins du client (reprise de l'obligation du 2^o du II de l'article L.520-1 du Code des assurances).

L'assureur ou l'intermédiaire doit aussi s'enquérir auprès du preneur d'assurance de ses connaissances et de son expérience en matière financière. En cas de refus du client de donner les informations nécessaires au devoir de conseil du professionnel, ce dernier le met en garde préalablement à la conclusion du contrat (Lire aussi L'Agefi Actifs n°383 p.4 et n°376 p.6).

Dounia Harbouche, avocate au barreau de Paris, voit de son côté une avancée sur le terrain des contentieux. « Jusqu'à présent, les tribunaux ne disposaient que de très peu d'éléments à part sa profession pour évaluer la compétence réelle d'un souscripteur mécontent. Demain, grâce au questionnaire, les juges devront disposer des informations nécessaires afin d'apprécier in concreto de l'expérience du demandeur en la matière »

Reste que cette volonté de considérer l'assurance vie comme un produit financier « est critiquable et réductrice », poursuit Pierre-Grégoire Marly. « Le texte impose au distributeur de s'enquérir auprès du client de ses connaissances et de son expérience, mais seulement en matière financière. L'intérêt, pour le souscripteur ou l'adhérent, de comprendre ou non les mécanismes de l'assurance n'est pas pris en compte dans la loi », regrette le juriste. « Sur le décret à venir, relatif à l'ordonnance du 30 janvier 2009, il faut que soient maintenues les spécificités du contrat d'assurance vie », insiste Marie-Hélène Poirier.

Degré de préparation des assureurs. Avec la loi DDAC (1), l'attention des pouvoirs publics s'était focalisée sur les intermédiaires d'assurance, mais les assureurs pouvaient légitimement s'attendre à une harmonisation. Certains ont déjà bien avancé sur le sujet. « A la Macif, le nouveau formalisme a déjà été en partie anticipé dans nos points d'accueil. Nos collaborateurs traduisent les besoins du client sur la base d'un questionnaire interactif, accessible à partir du poste de travail, permettant de connaître l'aversion au risque du client et son profil d'investissement », affirme Isabelle Delannoy, responsable gestion de la retraite individuelle et collective à Mutavie. « Il ne nous reste plus qu'à mettre en place la 'traçabilité' du conseil, c'est-à-dire ce qui correspond au volet formalisation, et donc de la preuve de la délivrance du conseil défini par l'ordonnance du 30 janvier 2009 », complète le responsable juridique et fiscal de la société, Vincent Pourrias.

« Les obligations issues de la nouvelle ordonnance avaient déjà été anticipées partiellement pour notre réseau salarié, notamment à l'occasion de la commercialisation des contrats complexes faisant intervenir des unités de compte structurées », précise de son côté Marie-Hélène Poirier.

« Il n'y pas de surprises particulières pour les métiers du patrimoine. Nous avons construit, dès le début de l'année 2007, une méthodologie qui s'inscrit dans la droite ligne des obligations définies par l'ordonnance, que nous appelons certificat de prescription, détaille Jean-Pierre Quathomme, directeur de la gestion privée d'AGF. Ce dernier nous permet de recueillir, à partir d'un questionnaire assez simple, les données patrimonia-

les du client et de définir un profil investisseur. Cette approche est valable aussi bien pour les conseillers d'AGF FinanceConseil que pour le réseau d'agents. Nous avons aussi une expérience de la formalisation dans la mesure où ce document écrit est signé du client. Cette démarche autour du certificat de prescription s'accompagne d'une autre beaucoup plus large en termes de formation, notamment avec la préparation à l'examen de la CGPC. » (2)

Nouveau devoir de mise en garde. Le devoir de conseil formalisé, les intermédiaires d'assurance le pratiquent depuis l'entrée en vigueur de la loi DDAC. Désormais, avec les réseaux directs des entreprises d'assurances, ils devront se familiariser avec celui de... mise en garde. Une notion directement importée de l'ordonnance MIF (3), mais qui a curieusement perdu en route une partie de sa substance. « Ainsi, la loi légitime la vente d'un contrat d'assurance vie ou de capitalisation à un assuré qui n'aurait pas donné tous les éléments nécessaires au devoir de conseil du distributeur. Cette situation est d'autant plus étrange que le PSI, dans le même cas, doit, pour ce qui le concerne, s'abstenir de recommander un instrument financier ou de proposer un service de gestion de portefeuille », résume Pierre-Grégoire Marly.

« Ce devoir de mise en garde, la jurisprudence l'avait déjà anticipé en y soumettant notamment les banques. L'ordonnance suggère que l'intermédiaire puisse adopter une position de recul face au souscripteur ou l'adhérent éventuel en cas de refus de donner des informations sur sa situation financière ou patrimoniale », note Isabelle Monin-Lafin.

Mettre en garde, « cela sous-entend d'être 'très' dissuasif vis-à-vis d'un client qui ne nous donnerait pas les éléments nécessaires pour délivrer notre conseil », estime Vincent Pourrias. « Cela pourrait même conduire à refuser purement et simplement la souscription telle que souhaitée par le client », juge Dounia Harbouche. « Il serait par conséquent bon d'avoir des précisions réglementaires », conclut sagement Marie-Hélène Poirier.

Celles-ci pourront, il faut l'espérer, être apportées dans les décrets pris en application des nouveaux articles L.132-27-1 et L.132-28 du Code des assurances. Malgré la crise, la machine à produire de la norme continue de tourner. ■

JEAN-CHARLES NAIMI

(1) Loi n°2005-1564 du 15 décembre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance.

(2) Conseils en gestion de patrimoine certifiés.

(3) Ordonnance n°2007-544 du 12 avril 2007 relative aux Marchés d'instruments financiers.

ODILE BOITTE, DIRECTRICE JURIDIQUE ET FISCAL, BNP PARIBAS ASSURANCE



La période exceptionnelle que nous traversons montre que la protection des consommateurs ne se limite pas aux seules règles d'information, de conseil et de droit de renonciation

L'AGEFI ACTIFS. - Que vous inspire le contenu de l'ordonnance du 30 janvier 2009 relative à la commercialisation de l'assurance vie ?

ODILE BOITTE. - Ce texte étend aux assureurs le devoir de conseil qui pèse déjà sur les intermédiaires. Il a par ailleurs le mérite de bien séparer les rôles et les responsabilités entre les distributeurs et les entreprises d'assurances. Pour ce qui relève du champ d'application, à savoir les contrats d'assurance vie avec valeur de rachat ou de transfert et les contrats de capitalisation, il s'inspire largement des règles applicables aux instruments financiers telles que résultant de la directive MIF. Il eût été bien plus simple d'étendre aux entreprises

d'assurances les obligations telles qu'elles pèsent sur les intermédiaires depuis 2005, nous aurions évité le mélange des genres entre le financier et l'assurance vie. Et tout laisse à penser qu'il ne s'agit que d'une étape au vu des réflexions menées à Bruxelles sur les produits dits substituables, ou encore la transparence des rémunérations versées aux intermédiaires. Les autorités européennes seraient pourtant bien inspirées de marquer une pause dans leur volonté de réglementer le conseil et l'information dus au client, et de se concentrer sur les véritables facteurs de la protection du client. La crise actuelle révèle en effet quelques carences.

Et quelles sont ces carences ?

- Au mois d'octobre 2008, les clients se sont interrogés sur les conséquences d'une faillite de leurs compagnies. Cette préoccupation a révélé les défauts de la construction européenne dans le domaine de l'assurance en montrant que tout avait été harmonisé sauf l'essentiel, par exemple les mécanismes de fonds de garantie. Alors que l'Europe encourage la libre prestation de services au nom d'une plus grande concurrence au bénéfice du consommateur, il est apparu que certains pays, dont la France, disposaient d'un fonds de garantie et d'autres pas.

Le même défaut d'harmonisation se retrouve sur l'étendue des responsabilités



des dépositaires d'OPCVM selon les pays. Rien n'a abouti non plus au niveau communautaire en matière de règlements extrajudiciaires des conflits. En résumé, la période exceptionnelle que nous traversons montre que des sujets d'intérêt majeur pour les consommateurs sont encore à traiter au niveau européen et que la protection de ceux-ci ne se limite pas aux seules règles d'information, de conseil et de droit de renonciation.

LES CONTRATS VISÉS

► Sur la validation des documents publicitaires (art. L. 132-27 du Code des assurances) : les contrats d'assurance individuels et de groupe sur la vie comportant des valeurs de rachat (ou de transfert en cas de contrat groupe) et les contrats de capitalisation.

► Sur le devoir de conseil et les conventions producteurs/distributeurs (art. L.132-27-1 et L.132-28 du Code des assurances) : les contrats d'assurance vie individuels avec valeur de rachat, les contrats de capitalisation, les contrats de groupe sur la vie à adhésion facultative comportant des valeurs de rachat définies au L.132-5-3 du Code des assurances (ou de transfert en cas de contrat groupe) ou les contrats mentionnés à l'article L. 441-1 (contrats en points) du Code des assurances.