

CHRONIQUE

BANCASSURANCE



PIERRE-GRÉGOIRE MARLY
Professeur agrégé des Facultés
de droit
Doyen de la Faculté de droit
du Mans
Directeur du Master II
Assurance-Banque



SYLVESTRE GOSSOU
Docteur en droit,
Avocat à la Cour



MICHEL LEROY
Maître de conférences,
Responsable Master II
Ingénierie du patrimoine
Toulouse I Capitole

Directive sur la distribution d'assurances – Intermédiation en assurance – Gouvernance produit – Conflits d'intérêts – Produits d'investissement fondés sur l'assurance.

Position du Parlement européen du 24 novembre 2015 en vue de l'adoption de la directive (UE) 2015/... du Parlement européen et du Conseil sur la distribution d'assurances (refonte), P8_TC1-COD(2012)0175.

Commentaire de Pierre-Grégoire Marly

Le 3 juillet 2012, la Commission européenne dévoilait sa proposition de texte réformant la Directive 2002/92/CE sur l'intermédiation en assurance (DIA ou IMD)¹. Alors baptisée « DIA 2 », cette proposition avait pour principaux objectifs d'élargir le périmètre de la directive à tous les canaux de distribution, de renforcer la prévention des conflits d'intérêts, d'améliorer la capacité professionnelle des distributeurs, d'appliquer à la commercialisation des « produits d'investissement fondés sur l'assurance » (IBIP's) des règles de bonne conduite analogues à celles développées sur les marchés d'instruments financiers (MIF) et, enfin, de faciliter la distribution transfrontalière d'assurances en précisant le régime du passeport européen.

Après trois ans de discussions, le trilogue est parvenu à une nouvelle version portant, non plus révision, mais abrogation et substitution de la DIA par une directive sur la distribution d'assurances ou « DDA » (ou IDD). Le 24 novembre dernier, en séance plénière et en première lecture, le Parlement européen a adopté une résolution législative favorable à cette directive dont l'entrée prochaine en vigueur ouvrira un délai biennal de transposition par chaque État membre.

D'emblée, la DDA se signale par l'étendue de son domaine *ratione personae* qui embrasse tant les intermédiaires que les organismes d'assurance commercialisant directement leurs produits ou ceux d'autres compagnies. En ce sens, la distribution ne se réduit donc plus à l'intermédiation, d'où l'intitulé finalement retenu pour désigner la nouvelle directive. Sous certaines conditions, celle-ci s'appliquera également aux comparateurs d'assurances, qui ont proliféré sur Internet², ainsi qu'aux distributeurs à titre accessoire qui pourront toutefois s'y soustraire en satisfaisant divers critères. Précisons que les assureurs ou les intermédiaires qui recourraient aux services d'un distributeur ainsi exempté, devront néanmoins veiller à ce que soient respectées certaines exigences relatives à l'information et la connaissance des clients finaux.

De manière générale, la protection de ces clients est sensiblement renforcée par le nouveau dispositif.

D'une part, les distributeurs d'assurances devront se soumettre à des conditions d'exercice plus contraignantes qu'auparavant. En particulier, concernant l'aptitude professionnelle des intermédiaires et des personnels affectés à la distribution, la DDA prévoit que les États membres devront instaurer une obligation de formation continue d'au moins quinze heures par an. Du reste, au sein des organismes d'assurance, les exigences d'honorabilité et de compétence devront faire l'objet d'une fonction dédiée et de politiques internes garantissant leur respect par les personnes concernées. À l'analyse, ces mesures font écho au dispositif « Solvabilité 2 » qui fonde le système de gouvernance des assureurs sur des fonctions et des politiques écrites³.

1. P.-G. Marly, « L'impulsion consumériste du droit européen de l'intermédiation en assurance », RTDF 2012/3 ; « Vers une révision de la Directive 2002/92/CE sur l'intermédiation en assurance », RTDF 2010/4.

2. Cf. EIOPA, *Opinion on sales via Internet of insurance and pension products*, BoS-14/198, 28 janvier 2015.

3. P.-G. Marly, « L'avènement de la réforme Solvabilité 2 en droit français », RTDF, 2015/2.

La protection des consommateurs d'assurance est également renforcée par la multiplication des règles de bonne conduite à l'endroit des distributeurs.

En premier lieu, la DDA alourdit l'information pré-contractuelle afférente au produit distribué. En sus du formalisme d'ores et déjà requis, un nouveau support standardisé devra être remis au futur preneur. Pour les assurances vie qualifiées d'IBIP's⁴, ce support correspondra au « document d'informations clés » (DIC ou KID) dont la forme et le contenu sont décrits par le Règlement UE n° 1286/2014 sur les « produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance » (ou PRIIP's)⁵. Pour les autres variétés de contrats, la DDA prescrit la remise d'un « document d'informations sur le produit d'assurance » (ou IPID) dont les caractéristiques seront comparables à celles du DIC susmentionné.

En second lieu, la nouvelle directive introduit des dispositions relatives à « la surveillance et la gouvernance du produit » (Product oversight and governance ou POG). En vertu de celles-ci, pour chaque nouveau contrat ou toute modification significative d'un contrat existant, son concepteur (assureur ou intermédiaire) devra suivre un processus de validation définissant le « marché cible », évaluant les risques pertinents pour ce marché et déterminant une stratégie de distribution adaptée. Ces informations, régulièrement revues, seront mises à la disposition des distributeurs qui devront se pourvoir de moyens appropriés pour comprendre les caractéristiques et le marché cible du produit concerné.

Quoique ce dispositif participe à la maîtrise du risque client, il n'est pas étranger à la maîtrise des risques de l'entreprise d'assurance dont les outils sont déclinés par la réforme Solvabilité 2⁶. Par ailleurs, sa mise en œuvre, qui sera précisée par des actes délégués, soulève plusieurs interrogations. Ainsi, quelle sera la latitude des professionnels pour l'identification d'un marché cible et selon quels critères seront-ils contraints de le définir? En outre, comment concilier la gouvernance produit et la prestation de conseil : le respect de la cible préjugera-t-il de l'adéquation du produit recommandé? Le distributeur pourra-t-il commercialiser auprès d'un client hors cible un contrat qu'il estimerait néanmoins lui être adapté?

En troisième lieu, la DDA prévoit un arsenal de lutte contre les conflits d'intérêts. Rappelons que dès 2010, le régulateur européen des assurances (i. e. le CEIOPS auquel succède l'EIOPA) dénonçait les faiblesses de la Directive

2002/92/CE dans cette lutte⁷. D'une part, il déplorait la disparité des droits nationaux en matière de transparence des rémunérations, la directive précitée ne comportant aucune disposition à cet égard⁸. D'autre part, il pointait du doigt l'ambiguïté des rapports entre producteurs et distributeurs, comme le fait qu'un courtier, commerçant réputé indépendant, puisse représenter tout à la fois le souscripteur et l'assureur⁹. Certes, la DIA impose à l'intermédiaire d'informer le futur preneur sur les liens capitalistiques et contractuels qu'il entretient avec les assureurs dont il distribue les produits¹⁰. Au jugé, ce dispositif est toutefois insuffisant, d'où son amélioration par la future DDA.

À cette fin, la nouvelle directive inscrit au passif des distributeurs une obligation générale d'agir en permanence « de manière honnête, impartiale et professionnelle, et ce au mieux des intérêts de leurs clients ». Il en découle notamment qu'ils ne pourront être rémunérés ou rémunérer leur personnel d'une manière qui heurterait cette exigence. À cela s'ajoute une obligation de transparence : pour chaque contrat, l'intermédiaire d'assurance sera tenu d'indiquer la nature de sa rémunération ainsi que le mandat qui lui est éventuellement confié, tandis que l'organisme d'assurance devra mentionner le mode de rétribution de son personnel commercial (notamment les rémunérations variables et assises sur des critères quantitatifs).

En quatrième lieu, la DDA renouvelle la conception du conseil en assurance qui n'est plus défini comme une obligation préjudant à la souscription d'un contrat d'assurance mais comme une véritable activité de distribution consistant en « la fourniture de recommandations personnalisées à un client, à sa demande ou à l'initiative du distributeur de produits d'assurance, au sujet d'un ou plusieurs contrats d'assurance ».

Partant, avant la souscription d'une assurance, le distributeur devra indiquer à son client s'il se livre ou non à cette activité et, le cas échéant, lui fournir une recommandation expliquant pourquoi le produit conseillé correspond le mieux à ses exigences et à ses besoins. En outre, s'il prétend fonder son conseil sur une « analyse impartiale et personnalisée », il l'indiquera à l'éventuel preneur et devra examiner un nombre suffisant de contrats offerts sur le marché à l'effet d'émettre sa recommandation. Si, à l'inverse, le distributeur informe son client qu'il ne lui fournira pas de conseils, il veillera cependant à ce que le contrat proposé soit « cohérent » avec le profil de ce dernier. C'est dire que, même dépourvue de conseil préalable, la souscription d'un contrat d'assurance ne dispensera pas le professionnel de diligenter un processus KYC (know your customer ou « connaître son client ») l'obligeant à préciser,

4. Les IBIP's rassemblent les contrats d'assurance « comportant une durée de vie ou une valeur de rachat qui est totalement ou partiellement exposée, de manière directe ou indirecte, aux fluctuations de marché ».

5. Régl. UE n° 1286/2014 du 26 novembre 2014, JOUE 9 décembre 2014, L 352/16. Cf. P.-G. Marly, « La transversalité en acte : le règlement PRIIPs du 26 novembre 2014 », RTDF, 4/2014, p. 63 ; G. Parléani, « Le règlement "PRIIPs" (sic) 1286/2014 du 26 novembre 2014, ou le formalisme au secours des investisseurs et du marché », RGDA n° 5, 1er mai 2015, p. 231 ; M. Stork, « Le règlement UE du 26 novembre 2014 sur les documents d'information clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance », RTD com. 2015, p. 823.

6. Cf. Joint Committee, Joint Position of the European supervisory Authorities on manufacturer's product oversight & governance processes, JC-2013-77. Adde. EIOPA, Consultation Paper on the proposal for preparatory Guidelines on product oversight & governance arrangements by insurance undertakings and insurance distributors, EIOPA-CP-15/008, 30 octobre 2015.

7. CEIOPS, Advice to the European Commission on the revision of the Insurance Mediation Directive (IMD), 11 novembre 2010.

8. En droit français, selon l'article R. 511-3 II du Code des assurances, seul le courtier qui se fonde sur une analyse objective du marché (courtier dit « c ») doit communiquer au client qui en fait la demande, et qui cherche à contracter pour des raisons professionnelles, le montant de la rémunération qu'il perçoit sur le contrat proposé, à condition que la prime annuelle relative à celui-ci excède 20 000 euros.

9. Cf. D. Langé, « La révision de la directive européenne sur l'intermédiation en assurance est en marche », RGDA 2014, n° 2, p. 91.

10. Dir. 2002/92/CE, art. 12.

suivant les informations qu'il aura recueillies et la complexité du produit proposé, les exigences et les besoins de son client. Notons toutefois que la DDA étant d'harmonisation minimale, il est probable que dans le prolongement de son droit actuel, la France n'admette pas l'hypothèse d'une souscription non conseillée, fût-elle assortie d'un test de cohérence.

En cinquième lieu, la nouvelle directive impose aux distributeurs d'IBIP's des exigences particulières qui s'ajoutent aux dispositions générales, notamment en matière de conflits d'intérêts et de fourniture de conseils. Symptomatiques d'une « mifidisation » de l'assurance vie, ces exigences supplémentaires s'inspirent ouvertement de la Directive 2014/65/UE du 15 mai 2014 (Mifid 2). De fait, à défaut d'unité conceptuelle, les IBIP's présentent avec les PRIIP's (Packaged Retail Investment Products ou « produits d'investissement de détail packagés ») une convergence fonctionnelle justifiant que des règles communes leur soient assignées¹¹. C'est à ce titre que le Règlement européen du 26 novembre 2014 applique à ces deux variétés de PRIIP's des exigences analogues s'agissant du « document d'informations clés ». Initialement, ce même règlement devait également prescrire des normes de commercialisation communes aux IBIP's et aux PRIIP's. À rebours, il fut finalement décidé de décliner ces normes séparément dans les deux directives sectorielles concernant, d'une part, les marchés d'instruments financiers, d'autre part, l'intermédiation en assurance, étant précisé que la seconde s'alignerait *mutatis mutandis* sur celle-là.

Suivant ce mouvement, en matière de conflits d'intérêts, la DDA applique donc aux distributeurs d'IBIP's des règles inspirées de celles développées par Mifid 2, à l'exception notable de l'interdiction des inducements au profit des conseillers indépendants¹².

Tout d'abord, les distributeurs devront se doter d'un dispositif organisationnel et administratif destiné à prévenir les conflits d'intérêts. Si ces mesures se révélaient insuffisantes pour éluder un conflit identifié, le client concerné devra en être averti avant la conclusion du contrat. Signalons que la Commission européenne devrait prochainement préciser ce dispositif dans le cadre d'actes délégués pour l'élaboration desquels l'EIOPA a d'ores et déjà rendu un avis technique¹³. Ensuite, le distributeur devra révéler au potentiel investisseur, « en temps utile » avant toute souscription, des informations sur les coûts et frais liés au produit proposé, en ce compris le coût du conseil éventuellement prodigué et tout paiement effectué par des tiers (*inducements*). À cet égard, les *inducements* seront présumés non conflictuels sous la double condition que le paiement ou l'avantage considéré n'ait

pas d'effet négatif sur la qualité du service fourni et ne nuisent pas à l'obligation générale du distributeur d'agir loyalement dans l'intérêt de son client. L'appréciation de ces critères fera, là encore, l'objet d'actes délégués qui prendront en considération la nature des services et des produits proposés.

Concernant la fourniture de conseils, la future directive transpose aux IBIP's la graduation reprise dans la Mifid 2 pour les titres financiers. Véritable service de conseil en investissement assurantiel, à l'instar du conseil en investissement financier, cette fourniture prendra la forme d'un test d'adéquation (*suitability test*) à l'issue duquel le distributeur recommandera un produit adapté au profil de son client, notamment à ses connaissances dans le domaine d'investissement concerné, sa tolérance au risque et sa capacité à subir des pertes. Précisons qu'au titre des informations précontractuelles, le distributeur devra indiquer au client s'il renouvellera ce test à l'égard du produit recommandé. Dans l'affirmative, la déclaration initiale d'adéquation sera périodiquement mise à jour. Par ailleurs, les États membres pourraient exiger que le distributeur mentionne si son conseil est fourni sur une base indépendante et, dans ce cas, le contraindre à l'analyse d'un nombre et d'une variété suffisants de contrats disponibles sur le marché.

Si le distributeur déclare ne pas réaliser de conseils, il devra néanmoins vérifier que le contrat proposé est approprié pour le client (*appropriateness test*), au regard notamment de ses connaissances et de son expérience dans le domaine d'investissement concerné. S'il s'avère que les renseignements recueillis sont insuffisants ou que le produit visé est inapproprié, le client devra en être formellement averti avant de procéder à la souscription. Enfin, la DDA prévoit que les États membres pourront dispenser les distributeurs d'IBIP's de réaliser l'*appropriateness test* à condition que le client en soit informé, qu'il soit à l'initiative de la commercialisation et que les produits distribués soient jugés non complexes. Toutefois, même en cette occurrence, le professionnel restera tenu de ses obligations en matière de gestion des conflits d'intérêts (cf. *supra*).

Là encore, rappelons que la DDA est d'harmonisation minimale, si bien que les pays européens auront la faculté de maintenir ou d'introduire des mesures plus strictes dans leur droit national. Il est ainsi probable que le droit français maintienne son actuel dispositif qui impartit aux organismes comme aux intermédiaires d'assurance un devoir de conseil pour toute souscription d'un contrat d'assurance vie rachetable¹⁴. À moins que le législateur n'assouplisse cette obligation en présence de « clients professionnels » au sens de la Mifid 2, comme le lui permet la DDA... Quel que soit le choix retenu, il s'imposera aux distributeurs intervenant sous passeport européen auprès de résidents français. ■

11. Cf. P.-G. Marly, « A la frontière du droit financier et du droit des assurances », in Mél. Le Cannu, p. 709; « Vers une harmonisation des règles de commercialisation en matière financière, bancaire et assurantielle », RTDF 2009/04, p. 90.

12. Sur cette prohibition, cf. G. Kolifraht, « Les rétrocessions de commissions : une révolution des systèmes de rémunérations ? », RISF, 2015/2, p. 7.

13. EIOPA, *Technical advice on conflicts of interest in direct and intermediated sales of insurance-based investment products*, EIOPA-15/135, 30 janvier 2015. Cf. P. Pailler, « Distribution de produits d'investissement assurantiel : haro sur les conflits d'intérêts », RISF, 2015/2, p. 83.

14. C. ass., art. L. 521-1 et art. L. 132-27-1. Cf. P.-G. Marly, « La mise en œuvre du nouveau devoir de conseil dans la commercialisation de l'assurance vie », RTDF 2010/2, p. 99.