

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



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

Directive sur la distribution d'assurances (DDA) – Gouvernance des produits – Conflits d'intérêts – Inducements – IBIP's.

EIOPA, Technical Advice on possible delegated acts concerning the IDD,
17/048, 1^{er} février 2017.

Commentaire de Pierre-Grégoire Marly

Socle législatif d'une vaste réforme, la Directive du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances (DDA ou IDD¹) sera prochainement complétée par des actes délégués en prévision desquels EIOPA vient de publier un avis technique.

Ces actes préciseront notamment le dispositif instaurant la « surveillance et la gouvernance des produits » (POG)². Celui-ci impartit au concepteur d'un contrat d'assurance de suivre un processus de validation définissant le « marché cible », évaluant les risques afférents et déterminant une stratégie de distribution idoine. Ces informations, périodiquement revues, sont alors remises aux distributeurs qui devront se pourvoir de moyens appropriés pour notamment comprendre les caractéristiques et le marché du produit considéré.

L'une des premières difficultés que soulève ce dispositif réside dans l'identification du concepteur d'un produit d'assurance. En effet, si cette qualité échoit de prime abord à l'organisme d'assurance qui contracte ensuite le produit, la DDA précise toutefois qu'un intermédiaire d'assurance peut également la recueillir. Selon EIOPA, cette seconde occurrence suppose que l'intermédiaire, quel que soit son statut, joue un rôle décisif (*decision-making role*)

dans la création ou la modification du contrat. Une telle situation serait ainsi présumée lorsque l'intermédiaire définit de manière autonome les éléments essentiels d'un nouveau produit que l'assureur contractant se réserve uniquement de rectifier à la marge. Elle le serait encore lorsque l'intermédiaire élabore en marque blanche une assurance destinée à un marché de niche dont il est expert.

Si utiles soient-elles, ces différentes indications du régulateur européen laissent entières certaines questions affectant spécialement les produits d'investissement assurantiel (IBIP's). Ainsi, quelle serait la position d'un gestionnaire de patrimoine qui, agissant en qualité de conseiller en investissement financier et de courtier en assurance, élaborerait une offre composée de titres financiers complexes logés dans un contrat d'assurance vie libellé en unités de compte ? Devra-t-il se soumettre aux exigences relatives à la conception ou à celles régissant la distribution du produit ? Et quelle réglementation lui sera applicable : DDA ou/et Mifid 2 ? Au jugé, il est à craindre que l'harmonisation entre ces deux corpus normatifs engendre paradoxalement un brouillamini à l'endroit des professionnels tenus de les combiner.

Du reste, EIOPA précise que la prestation de l'intermédiaire comme concepteur d'un produit ne dispense pas de cette même qualité l'assureur portant ledit produit. En d'autres termes, les deux professionnels se trouveraient alors en situation de co-concepteurs et, à ce titre, devront formaliser leurs relations par une convention établissant notamment leur rôle respectif dans l'identification de la clientèle cible.

L'identification du marché cible constitue une autre difficulté redoutable dans la validation d'un contrat d'assurance par son concepteur. Selon EIOPA, ce dernier doit prendre en considération, selon une granularité propre à chaque type de produits, les exigences et les besoins de la clientèle ainsi que, le cas échéant, ses objectifs d'investissement, sa situation patrimoniale et ses connaissances en matière financière. Force est de constater que ces élé-

1. Directive 2016/97/UE du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances (JOUE 2 février 2016, L 26/19). Cf. P.-G. Marly, « Distribution des contrats d'assurance : le nouveau paradigme européen », JCP E n° 26, 30 juin 2016, 1389.
2. Dir. 2016/97/UE, art. 25. Cf. P.-G. Marly, « La surveillance et la gouvernance des produits », RTDF n° 2-2016.

ments sont identiques à ceux dont le distributeur doit s'enquérir aux fins de connaître son client et le conseiller. À l'analyse, pourtant, la démarche du concepteur est inverse de celle du conseiller : le premier part d'un produit pour lui assigner une clientèle abstraite tandis que le second part d'un client concret pour lui identifier un produit. Par comparaison, cette dualité s'aperçoit dans le secteur industriel ou pharmaceutique, où la démarche globale du fabricant d'un produit ne se confond guère avec la démarche particulière de son vendeur. Reste que les deux processus sont difficiles à articuler et que, nonobstant les précisions d'EIOPA, il appartiendra aux professionnels de se positionner dans leurs politiques respectives et leurs conventions de distribution.

Les futurs actes délégués traiteront également des conflits d'intérêts en prévention desquels la DDA 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 »³. Plus spécialement, les distributeurs d'IBIP's devront se doter de « dispositifs organisationnels et administratifs » destinés à prévenir les conflits d'intérêts qui pourraient survenir « entre eux-mêmes, y compris leurs dirigeants et leur personnel, ou toute personne directement ou indirectement liée à eux par une relation de contrôle, et leurs clients ou entre deux clients, lors de l'exercice d'activités de distribution d'assurances »⁴. Si ces mesures se révélaient insuffisantes pour éluder un conflit identifié, le client concerné devra être averti, « en temps utile » avant la conclusion du contrat, de la nature ou des sources de ce conflit.

Dans son avis, EIOPA recense des situations portant ou susceptibles de porter atteinte aux intérêts de la clientèle. Il en est ainsi lorsque l'intermédiaire, l'organisme d'assurance ou toute personne qui leur serait liée :

- est susceptible de réaliser un gain ou d'éviter une perte aux dépens du client ;
- est incitée, pour des raisons financières ou autres, à privilégier les intérêts d'un client (ou groupe de clients) par rapport à ceux d'un autre ;
- reçoit ou recevra d'une personne autre que le client un avantage, pécuniaire ou non, en relation avec les activités de distribution qu'il fournit à ce client.

Un conflit d'intérêts est également présumé lorsque l'intermédiaire d'assurance, les personnes responsables chez l'assureur de la distribution ou les personnes liées, sont impliqués dans la gestion ou l'élaboration des IBIP's et peuvent notamment influencer leur tarification ou leurs coûts de distribution. À l'évidence, cette dernière hypothèse vient considérablement accroître le périmètre des situations potentiellement conflictuelles.

S'agissant du dispositif interne que doivent déployer les organismes et intermédiaires d'assurance, il est rappelé que sa finalité est triple : la détection, la neutralisation et la résolution des conflits d'intérêts. Selon EIOPA, ces deux derniers objectifs sont servis par des mesures pouvant, à l'analyse, sembler intrusives à l'endroit des personnels exposés aux risques de conflits, comme le

contrôle de certains échanges d'informations entre eux. En toute occurrence, ces mesures devront être évaluées et revues au moins annuellement.

Quoiqu'il participe pleinement à la lutte contre les conflits d'intérêts, le dispositif afférent aux rémunérations fait l'objet de développements spécifiques dans la DDA. Parmi les règles communes aux distributeurs d'assurance, la DDA introduit de nouvelles obligations relatives à la politique et à la transparence des rémunérations.

Sur le premier point, les distributeurs ne pourront être rétribués, ni rétribuer ou évaluer la performance leur personnel, d'une manière qui heurterait leur obligation d'agir au mieux dans l'intérêt de la clientèle⁵. En outre, ils devront veiller à ne prendre aucune disposition sous forme de rémunération, d'objectifs de vente ou autre, qui pourrait les encourager, ou inciter leur personnel, à recommander un produit plutôt qu'un autre qui correspondrait mieux aux besoins du client.

Sur le second point, les intermédiaires d'assurance et, concernant leurs salariés, les organismes d'assurance seront tenus de communiquer au client, avant la souscription ou à chaque versement au cours du contrat, la nature de leur rémunération liée à l'acte de distribution⁶. Si celle-ci revêt la forme d'honoraires, leur montant ou, à défaut, leur base de calcul doit être révélée.

Lorsqu'ils commercialisent des IBIP's, les distributeurs sont soumis à des contraintes particulières en matière d'inducements, très approximativement traduits par « incitations ». Rappelons que ceux-ci regroupent les honoraires, commissions et avantages non monétaires qui, en lien avec la distribution du contrat ou un service accessoire, sont perçus de ou versés à une partie autre que le client ou son représentant⁷.

En premier lieu, les organismes et intermédiaires d'assurance devront veiller à ce que ces inducements n'aient pas d'effet négatif sur la qualité du service fourni et ne nuisent pas au respect de leur obligation générale « d'agir d'une manière honnête, impartiale et professionnelle au mieux des intérêts de leurs clients ». Il est d'observer qu'à cet égard, la DDA diverge de Mifid 2 : tandis que la seconde autorise les inducements sous la seule réserve qu'ils améliorent la qualité du service mais les interdit si le prestataire fournit un conseil indépendant, la première les autorise en toute hypothèse, mais à la double condition qu'ils n'aient pas d'effet négatif sur la qualité du service et respectent l'obligation d'agir au mieux des intérêts du client.

Concernant la première condition, EIOPA propose une liste de critères à partir desquels les distributeurs d'IBIP's pourront évaluer le risque que les inducements aient un effet négatif sur la qualité du service qu'ils délivrent. Pour exemple, ce risque est élevé lorsque le montant de l'inducement est disproportionné par rapport à la valeur du produit distribué, lorsqu'il repose principalement sur un indice quantitatif de performance commerciale ou est entièrement versé par avance au mépris des vicissitudes éventuelles du contrat.

3. Dir. 2016/97/UE, art. 17, § 1.

4. Dir. 2016/97/UE, art. 27 et 28, § 1.

5. Dir. 2016/97/UE, art. 17, § 3, et cons. 46.

6. Dir. 2016/97/UE, art. 19.

7. Dir. 2016/97/UE, art. 29, § 1.

Sur le terrain de la transparence, rappelons que le distributeur devra révéler au potentiel investisseur, « en temps utile » avant la 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 tiers⁸. Là encore, contrairement à ce que prescrit Mifid 2 à l'endroit des conseillers indépendants, la DDA opte donc pour la révélation des inducements plutôt que pour leur interdiction. Il est précisé que cette révélation, également requise durant la vie du contrat, devra porter sur des données agrégées afin de rendre le coût total compréhensible par le client qui pourra cependant solliciter une ventilation des coûts et frais par postes. Par comparaison, rappelons que le document d'informations clés (DIC ou KID) qu'exige le Règlement PRIIP's devra mentionner les coûts directs ou indirects, ainsi que sur le coût total agrégé en montant et en pourcentage de l'investissement.

Les futurs actes délégués préciseront enfin les règles applicables au conseil en investissement assurantiel. Rappelons que la DDA classe le conseil parmi les activités de distribution et non parmi les obligations découlant de ces activités⁹. Aussi, elle le définit comme « 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 »¹⁰.

Quel que soit le contrat distribué, le professionnel devra indiquer à son client, en prélude à l'éventuelle souscription, s'il se livre ou non à un service de conseil et, le cas échéant, lui fournir une recommandation expliquant en quoi le produit conseillé correspond le mieux à ses exigences et à ses besoins¹¹. 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. À l'inverse, si 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 ne dispensera pas le professionnel de préciser, suivant les informations qu'il aura recueillies et la complexité du produit proposé, les exigences et les besoins de son client.

Ce cadre général s'augmente de règles spécifiques si la distribution porte sur des IBIP's¹². Lorsqu'il prétend fournir un conseil, le prestataire devra ainsi procéder à un « test d'adéquation » (*suitability test*) à l'issue duquel il recommandera un produit congruent au profil de son client (i. e. ses exigences, ses besoins, ses connaissances et son expérience dans le domaine d'investissement concerné, sa situation financière ainsi que ses objectifs d'investissement). Comme dans le « test d'adéquation »

» sous Mifid 2¹³, la situation financière du potentiel preneur inclut sa capacité à subir des pertes et s'infère, selon EIOPA, de tous ses revenus et actifs tant mobiliers qu'immobiliers. Quant aux objectifs d'investissement du candidat à l'assurance, ils tiennent compte de sa tolérance au risque telle que déduite notamment de la durée de l'opération envisagée.

Ensemble, les éléments recueillis permettront théoriquement d'affiner la connaissance du client, en même temps qu'ils aligneront un peu plus le conseil en investissement assurantiel sur le conseil en investissement financier. Cet alignement ne saurait toutefois ignorer certaines singularités de l'assurance vie, comme sa possible configuration groupale. Aussi, le régulateur européen indique qu'en l'hypothèse d'un contrat collectif à adhésion obligatoire, le *suitability test* devra être adapté conformément à une politique élaborée par le distributeur.

En toute occurrence, la qualité de la connaissance du client dépend largement de la fiabilité des renseignements colligés. À cet égard, EIOPA rappelle que cette étape préliminaire ne se réduit pas à la réception passive d'informations : les professionnels qui s'y livrent doivent accompagner leurs interlocuteurs dans l'expression de leurs attentes. Partant, s'ils n'obtenaient pas les éléments sollicités, ces professionnels devraient s'abstenir de délivrer leur conseil.

Précisons que parmi les informations précontractuelles dont il sera redevable, le distributeur devra indiquer au client s'il renouvellera le « test d'adéquation » 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. Cette analyse ne pourra donc se limiter aux offres de producteurs en liens étroits avec le conseiller indépendant. Enfin, l'autorité européenne indique qu'un *suitability test* devrait être diligenté auprès du souscripteur désireux d'arbitrer entre les supports de son contrat en unité de compte.

Si le distributeur d'IBIP's déclare ne fournir aucun conseil, il devra néanmoins vérifier que le contrat proposé est « approprié » au client (*appropriateness test*), compte tenu de ses connaissances et de son expérience dans le domaine d'investissement considéré. Cette exigence soulève plusieurs interrogations qui subsistent en pratique. Tout d'abord, pourquoi le professionnel est-il dispensé d'estimer les connaissances de son interlocuteur en matière d'assurance ? À l'évidence, cette donnée serait utile, sauf à dénier l'irréductible originalité de l'assurance vie par rapport aux autres produits d'investissement, que l'on songe par exemple à la clause bénéficiaire. Ensuite, comment mesurer objectivement le niveau de compétence du client ? Dans les faits, la pratique de l'auto-évaluation est courante, de sorte que la fiabilité des résultats est globalement douteuse. Afin que l'évaluation de cette compétence gagne en objectivité, EIOPA invite le distri-

8. Dir. 2016/97/UE, art. 29, § 1.

9. Sur cette distinction, cf. P.-G. Marly, « Le mythe du devoir de conseil – À propos du conseil en investissement assurantiel », in *Mél. J.-J. Daigre*, à paraître.

10. Dir. 2016/97/UE, art. 2, § 15.

11. Dir. 2016/97/UE, art. 20, § 1.

12. Dir. 2016/97/UE, art. 30.

13. Dir. 2014/65/UE, art. 25 (2).

buteur à tenir compte notamment des types de produits d'épargne dont le souscripteur éventuel est familier ou encore son niveau d'études. 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'IBIPs 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 selon des critères que précise le régulateur européen dans son avis technique. Toutefois, même en cette occurrence, le professionnel restera tenu de ses obligations en matière de gestion des conflits d'intérêts.

Rappelons que la DDA est d'harmonisation minimale, de sorte que les États membres auront la faculté de maintenir ou d'introduire localement des règles plus strictes¹⁴. À cet égard, il est fort probable que le droit

français conserve son régime actuel et la généralité du devoir de conseil. Toutefois, dès lors que la directive traite le conseil comme un service et non comme une obligation, la France pourra-t-elle toujours en imposer la délivrance par tous les distributeurs ?

Au bilan, l'avis technique d'EIOPA inspire quelques craintes à propos des actes délégués qu'il préfigure. Tout d'abord, ces actes n'aborderaient que superficiellement certaines difficultés qu'ils ont pourtant vocation à résoudre : répartition des responsabilités entre producteurs et distributeurs, articulation entre POG et conseil, particularisme des contrats en unités de compte... Ensuite, ces actes pourraient accentuer la « midification » de l'assurance vie au mépris du positionnement plus tempéré de la directive dont ils procèdent. Enfin, sachant que la DDA doit être transposée avant le 23 février prochain, l'adoption définitive de ces actes ne laissera que peu de temps aux professionnels pour anticiper les changements qu'ils devront intégrer... La même remarque s'impose, du reste, pour l'application du règlement PRIIP's dont les RTS tardent à venir... ■

14. Dir. 2016/97/UE, cons. 3.

Rachat – Imposition au barème progressif – Revenus exceptionnels (oui).

Commentaire de Michel Leroy

Le régime fiscal de la taxation des produits des contrats d'assurance vie repose essentiellement sur une incitation à l'épargne longue fondée sur la dégressivité de la fiscalité en fonction de la durée du contrat.

Il en résulte en particulier la faculté pour le souscripteur de choisir pour chaque rachat, un prélèvement à la source (Prélèvement forfaitaire libératoire – PFL) dégressif en fonction de la durée du contrat, plutôt que l'assujettissement des revenus au barème progressif.

Le choix du mode d'imposition est stratégique pour le souscripteur. Dans l'exercice de celui-ci, plusieurs critères doivent être pris en compte. Certes, plus le taux marginal d'imposition est élevé, plus le redevable a intérêt à opter pour le PFL.

Cependant, le souscripteur doit tenir compte de plusieurs paramètres.

Ainsi les prélèvements sociaux acquittés sur les intérêts de placements du patrimoine sont déductibles à hauteur de 5,1 % sur le revenu global du foyer fiscal de l'année de perception des prélèvements sociaux. Cette déduction n'est pas possible en cas d'option pour le PFL.

Ensuite, en cas de rachat total ou partiel dont le montant dépasse la moyenne des revenus nets d'après lesquels ce contribuable a été soumis à l'impôt sur le revenu au titre des trois dernières années, le contribuable qui opte pour l'imposition au barème peut bénéficier du régime du quotient de l'article 163-o A du CGI.

C'est ce qu'a jugé pour la première fois une juridiction administrative le 13 décembre 2016 (CAA Lyon 13 déc. 2016, n° 15LY03073 ; *adde* veille « Dénouement de contrat d'assurance vie et revenus exceptionnels », RFP 2017, 43).

Selon ce texte, afin d'éviter que la progressivité du barème de l'impôt sur le revenu n'aboutisse à soumettre à une imposition excessive des revenus exceptionnels, après avoir calculé l'impôt d'après le barème progressif sur le revenu net global « ordinaire » imposable du contribuable, l'impôt est recalculé par l'application du même barème au total formé par le revenu net global « ordinaire » imposable et une fraction (un quart) du revenu exceptionnel. La différence entre ces deux résultats est multipliée par quatre, et cette somme est additionnée aux droits simples calculés sur le seul revenu net global « ordinaire » imposable.

Le revenu résultant du rachat peut, nous semble-t-il, constituer un revenu exceptionnel par sa nature et son montant (BOI-IR-LIQ-20-30-20-20160720, n° 40)

Par nature d'abord. Le revenu est exceptionnel, au sens de l'article 163-o A du CGI, lorsque, par nature, il n'est pas susceptible d'être recueilli annuellement.

Par définition, le revenu résultant du rachat total du contrat d'assurance vie ou du contrat de capitalisation respecte cette condition. Ce n'est pas en revanche le cas pour les rachats partiels programmés. Seuls les rachats partiels dépassant le rendement du contrat peuvent prétendre, à notre sens, revêtir cette qualification.

Quant à son montant, le revenu, pour être éligible au quotient, doit être supérieur à la moyenne des revenus nets d'après lesquels le contribuable a été soumis à l'impôt au titre des trois dernières années (BOI-IR-LIQ-20-30-20-20160720, n° 140).