

CHRONIQUE

BANCASSURANCE



PIERRE-GRÉGOIRE MARLY
Professeur agrégé des Facultés
de droit
Directeur du Master de Droit
des assurances du Mans
Directeur adjoint de l'Institut
des Assurances de Paris Sorbonne



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

Intermédiation en assurance – Travaux préparatoires – Unités de compte – Conseil en investissement.

CJUE, 4^e chambre, 31 mai 2018, n° C-542/16.

Commentaire de Pierre-Grégoire Marly

La CJUE a été saisie par la Cour suprême suédoise de deux questions préjudicielles concernant l'interprétation de la directive 2002/92/CE sur l'intermédiation en assurance (DIA). Quoique cette directive soit abrogée à compter du 1^{er} octobre prochain, la décision commentée est transposable à la directive lui succédant¹.

1. La première question traitait de la notion d'intermédiation en assurance que la DIA définit comme « toute activité consistant à présenter ou à proposer des contrats d'assurance ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion ou à les conclure, ou à contribuer à leur gestion et à leur exécution, notamment en cas de sinistre »². Plus précisément, il s'agissait de déterminer si cette définition comprend les travaux préparatoires accomplis sans l'intention de conclure un contrat d'assurance.

Dans l'espèce ayant donné lieu à cette question, des particuliers avaient confié de fortes sommes à une société d'intermédiation en assurance qui devait les investir dans des contrats d'assurance vie en unités de compte. Les sommes ayant été détournées par le directeur de cette société devenue ensuite insolvable, les clients dépossédés se tournèrent vers son assureur de responsabilité civile professionnelle obligatoire. Celui-ci dénia sa garantie au motif que le préjudice invoqué ne résultait guère de l'activité assurée. En effet, selon lui, le manquement reproché était étranger à l'intermédiation en assurance dès l'instant où, en effectuant des travaux préparatoires, son auteur n'avait jamais eu l'intention de faire souscrire un produit qui, du reste,

n'existait guère. Au fond, c'est d'une conception subjective de ces travaux dont se prévalait l'assureur : s'ils n'aboutissent pas nécessairement à la souscription d'un contrat, ils doivent toutefois avoir été menés dans cette perspective afin de constituer un acte d'intermédiation en assurance.

À rebours, selon la CJUE, la définition que la DIA retient d'un tel acte n'est qu'objective, ce que corroboreraient sa finalité consomériste et l'ambition du législateur européen de lui assigner un vaste champ d'application. En conséquence, à la première question qui lui est soumise, la Cour répond : « L'article 2, point 3, de la directive 2002/92 doit être interprété en ce sens que relève de la notion d'intermédiation en assurance la réalisation de travaux préparatoires à la conclusion d'un contrat d'assurance, même en l'absence d'intention de l'intermédiaire d'assurance concerné de procéder à la conclusion d'un véritable contrat d'assurance. »

Si elle doit être approuvée, cette assertion appelle toutefois quelques précisions. En effet, parce qu'ils sont « préparatoires », les travaux considérés sont d'essence tournés vers la commercialisation des contrats qu'ils contribuent à nouer. En ce sens, le droit français les définit comme « tous travaux d'analyse et de conseil réalisés en vue de la présentation, de la proposition ou de la conclusion d'un contrat »³. De nature technique, ces travaux participent donc intrinsèquement à une démarche commerciale qui leur vaut la qualification d'acte d'intermédiation. Une qualification dont ne relève pas, en l'absence d'une telle démarche, l'analyse juridique d'un projet de contrat par un avocat ou, plus généralement, l'indication d'assurance⁴ ainsi que la fourniture occasionnelle d'informations⁵.

Si la réalisation de travaux préparatoires a donc pour finalité la conclusion d'un contrat d'assurance, cette fina-

1. Directive (UE) 2016/97 du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances (DDA). Sur cette directive, cf. P.-G. Marly, « Distribution des contrats d'assurance : le nouveau paradigme européen », JCP E 2016, étude n° 1389, p. 41.

2. Dir. 2002/92/CE, art. 2, point 3.

3. C. ass., art. R. 511-1, al. 2. Signalons que sous la DDA, cette disposition ajoute parmi les travaux préparatoires, tous travaux « d'animation » ou « d'organisation » d'un réseau de distributeurs. La vocation proprement préparatoire de ces travaux, quoiqu'indirecte, est ici plus discutabile.

4. C. ass., art. R. 511-3, III.

5. C. ass., art. L. 511-1, II.

lité demeure toutefois objective : elle doit être recherchée dans l'économie de la prestation (critère matériel), non dans l'esprit du prestataire (critère intentionnel). En ce sens, le professionnel ne saurait invoquer son intention frauduleuse à dessein d'échapper à sa responsabilité en qualité d'intermédiaire d'assurance.

2. Par sa seconde question préjudicielle, la Cour suprême suédoise souhaitait déterminer « si les conseils financiers relatifs au placement d'un capital prodigués dans le cadre d'une intermédiation d'assurance portant sur la conclusion d'un contrat d'assurance-vie en capital relèvent du champ d'application de la directive 2002/92 ou de celui de la directive 2004/39 [i. e. la directive MIF] et si, dans l'hypothèse où ils relèveraient du champ d'application de chacune de ces deux directives, l'application de l'une desdites directives devrait primer celle de l'autre ».

À l'origine du recours, sur les conseils de son intermédiaire d'assurance, un souscripteur avait investi dans un produit structuré logé au sein d'une assurance vie à capital variable. Cet actif sous-jacent ayant perdu toute valeur et son conseiller ayant été déclaré en faillite, l'investisseur s'était tourné vers l'assureur de ce dernier. Cet assureur refusa sa garantie au motif que les conseils litigieux portaient, non pas sur l'assurance vie, « mais sur l'investissement dans l'instrument financier qui était lié à celle-ci ». Partant, ces conseils ne relevaient pas de l'activité d'intermédiation en assurance, seule couverte par l'assurance de responsabilité considérée.

Au contraire, la CJUE estime que le placement d'un capital dans des supports d'unités de compte « constitue une partie intégrante du contrat d'assurance et que, par conséquent, les conseils relatifs à ce même placement relèvent des travaux préparatoires à la conclusion dudit contrat d'assurance ». Notons que sous l'empire de la DDA, ces conseils relèveraient plutôt du service spécifique de conseil que le législateur européen a introduit parmi les activités de distribution d'assurances⁶.

En toute occurrence, la Cour précise que lesdits conseils pourraient également relever du service de conseil en investissement financier. Ce nonobstant, la directive MIF serait inapplicable puisqu'elle exclut de son domaine les « personnes qui fournissent un service d'investissement à titre accessoire dans le cadre d'une activité professionnelle, dès lors que celle-ci est régie par des dispositions législatives ou réglementaires ou par un code déontologique qui n'exclut pas la fourniture de ce service »⁷. Tel serait le cas des intermédiaires d'assurance qui, en recommandant des supports d'unités de compte, livreraient à titre accessoire des conseils en investissement

financier. En conclusion, selon la CJUE, « les conseils financiers relatifs au placement d'un capital prodigués dans le cadre d'une intermédiation d'assurance portant sur la conclusion d'un contrat d'assurance vie en capital relèvent du champ d'application de la directive 2002/92 et non pas de celui de la directive 2004/39 ».

Si cette conclusion doit être approuvée, le raisonnement qui y conduit nous semble discutable dans la mesure où il admet explicitement que les recommandations afférentes aux unités de compte puissent relever du service de conseil en investissement financier⁸. Pour qu'il en soit ainsi, faudrait-il encore que ces recommandations concernent des transactions sur les titres financiers dont le souscripteur pourrait acquérir ou céder la propriété⁹. Or, lorsqu'elles visent des unités de compte, elles portent sur la répartition de l'épargne investie entre divers actifs sous-jacents qui demeurent la propriété de l'assureur. C'est d'ailleurs pour ces mêmes considérations qu'un mandat d'arbitrage entre unités de compte ne peut être assimilé à un service de gestion de portefeuille¹⁰. À chaque fois, le contrat d'assurance vie ne saurait être réduit à un simple investissement financier et, s'il s'en rapproche dans certaines configurations, sa singularité lui vaut désormais d'être soumis au régime spécifique des produits d'investissement assurantiel.

C'est dire que si le conseil prodigué dans le cadre d'un tel contrat relève exclusivement de la DIA (aujourd'hui de la DDA), ce n'est pas en vertu d'une dérogation prévue par la directive MIF (aujourd'hui la MIF 2) au profit de certains professionnels fournissant à titre accessoire des conseils en investissement financier ; plus fondamentalement, c'est parce que cette prestation ne constitue pas un conseil un investissement financier que la directive MIF et ses avatars lui sont inapplicables.

Quoi qu'il en soit, la décision rapportée a le mérite de conforter la jurisprudence qui affirme que l'intermédiaire d'assurance n'est pas tenu d'être immatriculé en qualité de CIF pour être habile à fournir des conseils sur des contrats en unités de compte¹¹. ■

6. Dir. (UE) 2016/97, art. 2, § 15.

7. Dir. 2004/39/UE, art. 2, § 1, point c. Comp. Rég. délégué (UE) 2017/565, art. 4.

8. Pour rappel, « constitue le service de conseil en investissement le fait de fournir des recommandations personnalisées à un tiers, soit à sa demande, soit à l'initiative de l'entreprise qui fournit le conseil, concernant une ou plusieurs transactions portant sur des instruments financiers ou sur une ou plusieurs unités mentionnées à l'article L. 229-7 du code de l'environnement » (C. mon. fin., art. D. 321-1, 4°).

9. C. mon. fin., art. D. 321-1, 5°.

10. Com. 14 décembre 2010, n° 10-10207, BJB n° 03, page 201, note P.-G. Marly ; Position-Recommandation AMF 2012-19, p. 11.

11. Sur cette jurisprudence, cf. D. Harbouche, « Devoir d'information et de conseil du courtier d'assurance : les points de vigilance en matière d'allocation d'actifs », *Droit et Patrimoine* n° 280, mai 2018, p. 36.

Assurance vie – Unités de compte – Obligations structurées – Protection suffisante de l'épargne investie.

CA Bordeaux, 1^{re} chambre civile, 26 juin 2018, n° 16/03921

Commentaire de Pierre-Grégoire Marly

Dans un contrat d'assurance vie en unités de compte, les primes versées sont converties en actifs de réfé-

rence dont l'assureur promet de régler la contre-valeur à l'échéance, exposant ainsi le souscripteur au risque de fluctuation à la baisse. Afin de mitiger ce risque, les supports éligibles au contrat doivent alors être choisis parmi des actifs « offrant une protection suffisante de l'épargne investie et figurant sur une liste dressée par décret »¹.

1. C. Ass., art. L. 131-1, al. 2.

Il est désormais acquis que les obligations « structurées », dépourvues de garantie en capital, ressortissent à cette liste que déroule l'article R. 131-1 du code des assurances et qui, par renvoi à l'article R. 332-2 du même code, vise les « obligations » sans autre précision². En effet, après avoir rappelé que le remboursement du nominal à terme n'était pas un critère qualificatif des obligations au sens du droit financier, la Cour de cassation a précisé que les obligations visées aux dispositions précitées du code des assurances ne devaient pas recevoir un sens différent.

Reste à déterminer si, du seul fait qu'elles entrent dans la liste décrétable des actifs éligibles aux unités de compte, ces obligations offrent « une protection suffisante de l'épargne investie » ou s'il faut établir cette protection par surcroît. En d'autres termes, quel est le sens de la conjonction « et » dans l'article L. 131-1 précité : dénote-t-elle le cumul de deux conditions d'éligibilité ou bien le renforcement d'une seule ? En faveur du cumul, il peut

être avancé que les deux propositions coordonnées ont un objet distinct : l'une vise la qualification objective du support au regard des catégories d'actifs autorisés, l'autre l'appréciation subjective du niveau de sécurité offert par l'actif retenu. Au contraire, il peut être soutenu que les variétés d'actifs répertoriées sur la liste réglementaire furent précisément sélectionnées en raison de la protection qu'elles représentent par se.

En ce sens, la cour d'appel de Bordeaux estime, dans l'arrêt commenté, que les titres référencés à l'article R. 131-1 remplissent de ce fait le critère de protection. Elle ajoute que la complexité des titres n'implique pas « nécessairement » une incompatibilité avec cette protection, d'autant qu'en l'espèce, « le produit choisi a été présenté de manière claire en indiquant notamment qu'il y avait risque de perte en capital ».

Plus mesurée, une troisième interprétation de l'article L. 131-1 est envisageable, selon laquelle l'inclusion du support dans la liste autorisée présumerait simplement sa portée suffisamment protectrice. Cette présomption pourrait alors être combattue, si ce n'est par la preuve de la complexité du titre, par celle de son illiquidité ou de tout autre élément pertinent. Quelle interprétation retiendra la Cour régulatrice ? ■

2. Civ. 2^e, 23 nov. 2017, n° 16-22.620, FS-PBI : BJS janv. 2018, n° 117e2, p. 37, note A. Couret ; Recueil Dalloz 2018 p. 270, note M. Storck et Thibault de Ravel d'Esclapon ; LEDA, déc. 2017, p. 5, obs. P.-G. Marly.

Assurance vie – Prêt – Délégation du contrat d'assurance vie – Mainlevée de la délégation – Droit du banquier sur les fonds (non).

Cass 1^{re} civ., 6 juin 2018, n° 17-17708.

Commentaire de Michel Leroy

La délégation du contrat d'assurance vie est une technique classique très protectrice du prêteur de deniers puisque, par cette opération, le souscripteur et le banquier acceptent que la société d'assurance verse à celui-ci le bénéfice du contrat à hauteur des sommes dues, le solde éventuel revenant au(x) bénéficiaire(s) désigné(s).

Une telle clause avait été stipulée dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le

6 juin 2018 (Cass 1^{re} civ., 6 juin 2018, n° 17-17708).

Dans cette espèce, un souscripteur avait contracté un prêt et accepté, pour le montant de l'emprunt, une délégation d'un contrat d'assurance vie.

Après le décès, la banque donna mainlevée de la délégation et transféra les fonds provenant du capital décès sur le compte que le souscripteur détenait dans ses livres, en vue du remboursement de sa créance.

Cependant, la bénéficiaire indiquée dans la clause sollicita le paiement à son profit de la totalité des fonds litigieux.

A raison, puisque manifestement, le banquier avait procédé à la main levée de la garantie, ce qui privait l'acte dont il se prévalait de toute efficacité.

Une erreur qui coûte cher... ■

Assurance vie – IFI – BOFIP – Plafonnement.

Commentaire de Michel Leroy

L'assurance vie pouvait constituer sous l'empire du droit antérieur une excellente technique de limitation de l'ISF, même si le législateur avait limité l'effet de certaines des formules présentées par la pratique comme des produits « anti-ISF » (par exemple en intégrant dans l'assiette taxable le bénéfice différé).

L'abrogation de l'ISF et l'institution d'un nouvel impôt, l'IFI, change de ce point de vue la donne, tant il est certain que la réorientation du patrimoine vers l'assurance vie permet d'éviter ou de limiter l'imposition de façon bien plus efficace que pour l'ISF.

Il y a d'ailleurs un certain paradoxe dans cette légis-

lation. En effet, le gouvernement ne cesse d'affirmer sa volonté d'inciter fortement à la détention d'actifs financiers, en particulier ceux permettant de financer les entreprises.

Pourtant cet état d'esprit ne devait pas être présent lors de la rédaction des règles de l'IFI relatives à l'assurance vie puisque celles-ci invitent au contraire à la détention d'assurance vie en fonds euros !

En effet, seule la valeur des unités de comptes des contrats rachetables, pour la fraction comprenant des actifs immobiliers, est à intégrer dans l'assiette de l'IFI.

En d'autres termes, le souscripteur a tout intérêt à souscrire de tels contrats essentiellement en euros, car non seulement, il n'aura aucune valeur à déclarer mais en plus il pourra éventuellement limiter son imposition, grâce au mécanisme du plafonnement.

Selon l'article 979 du CGI, l'impôt sur la fortune immobilière du redevable ayant son domicile fiscal en France est réduit de la différence entre :

- d'une part, le total de cet impôt et des impôts dus en France et à l'étranger au titre des revenus et produits de l'année précédente, calculés avant imputation des seuls crédits d'impôt représentatifs d'une imposition acquittée à l'étranger et des retenues non libératoires ;

- d'autre part, 75 % du total des revenus mondiaux nets de frais professionnels de l'année précédente, après déduction des seuls déficits catégoriels dont l'imputation est autorisée par l'article 156 du CGI, ainsi que des revenus exonérés d'impôt sur le revenu et des produits soumis à un prélèvement libératoire réalisés au cours de la même année en France ou hors de France.

Si le premier terme est supérieur à 75 % du second, l'excédent vient en diminution de l'IFI. Cet excédent n'est ni imputable sur d'autres impositions ni restituable.

Au numérateur, le souscripteur peut donc ajouter à l'IFI et à l'impôt sur le revenu dus par le redevable les prélèvements sociaux frappant les produits de l'assurance vie (BOI-PAT-IFI-40-30-10-20180608, n° 140).

Le mécanisme du plafonnement est donc parfaitement optimisé lorsque redevable ne rachète pas son contrat en euros.

Dans ce cas, en effet, aucune valeur n'est à prendre en compte pour la déclaration IFI. Aucune valeur ne figure

non plus, pour la mise en œuvre du plafonnement, au dénominateur, alors que les prélèvements sociaux sont pris en compte au numérateur !

Mais en cas de rachat sur un contrat d'assurance vie dont une partie est exprimée en unités de comptes, faut-il prendre en compte, pour l'appréciation du premier terme du plafonnement, tous les produits rachetés ou uniquement ceux correspondant à la fraction représentative des unités de compte ?

Pour l'administration fiscale, sont pris en compte, pour le calcul du plafonnement de l'IFI, tous les revenus français ou étrangers réalisés au cours de l'année précédant celle de l'imposition à l'IFI après déduction des seuls déficits catégoriels dont l'imputation est autorisée par l'article 156 du CGI, ainsi que les revenus exonérés d'impôt sur le revenu et les produits soumis à un prélèvement libératoire réalisés au cours de la même année en France ou hors de France (BOI préc., n° 160).

Il faut donc en conclure que si le redevable a des revenus excédentaires, il n'a, pour la mise en œuvre du mécanisme du plafonnement, aucun intérêt à racheter ses contrats pour financer l'économie...

Cette législation incite donc, relativement à l'assurance vie, à adopter, non pas un comportement d'entrepreneur si cher au président, mais celui d'un père de famille, très prudent... ■