

# CHRONIQUE

## BANCASSURANCE



**NATHALIE PETERKA**  
Agrégée des facultés de droit, Professeur à la faculté de droit de l'Université Paris-Est (Paris XII)

### Protection juridique des majeurs – Tutelle – Curatelle – Assurance-vie – Désignation du bénéficiaire – Révocation du bénéficiaire.

L. 2007-308 du 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs : JORF, n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325.

L. 2007-1775 du 17 décembre 2007, permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant le droit des assurés : JORF, n° 0293 du 18 décembre 2007 page 20358.

Rép. min. Calvet, n° 20749 : JOAN, 5 août 2008, p. 6794.  
Rép. min. Calvet, n° 20750 : JOAN, 5 août 2008, p. 6794.

Pendant longtemps, l'assurance vie et les mesures de protection juridique des majeurs n'ont pas fait bon ménage. L'interdiction de souscrire une assurance vie sur la tête d'un majeur sous tutelle ainsi que l'analyse du droit de révoquer le bénéficiaire d'une telle assurance en un droit strictement personnel en restreignaient l'accès à la personne protégée. Sur ce point, les lois du 5 mars et du 17 décembre 2007 réalisent une avancée notable, bien que non exempte de scories, du droit positif. Celle-ci s'est effectuée en deux temps.

La loi du 5 mars 2007<sup>1</sup> a d'abord permis, après l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle, la souscription ou le rachat du contrat d'assurance sur la vie, ainsi que la désignation ou la substitution du bénéficiaire, sous la condition que ces actes soient autorisés par le juge des tutelles ou le conseil de famille, s'il a été constitué (C. ass., art. L. 132-3-1, réd. L. 5 mars 2007). Reprenant la proposition formulée par le 102<sup>e</sup> Congrès des notaires<sup>2</sup>, le texte apporte un heureux assouplissement à l'exercice du droit de révocation dont le caractère strictement personnel conduisait à rendre irrévocable, indépendamment de l'acceptation du bénéficiaire, la désignation de ce dernier effectuée par le souscripteur antérieurement à l'ouverture de la mesure de protec-

tion<sup>3</sup>. Pour être bienvenue, la disposition<sup>4</sup> n'en soulevait pas moins une difficulté d'interprétation. Celle de savoir si elle imposait, outre l'autorisation du juge ou du conseil de famille, la représentation du tuteur ou l'assistance du curateur, non pas seulement pour la souscription et la désignation, mais aussi pour l'exercice du droit de révocation via le rachat du contrat d'assurance ou la substitution du bénéficiaire. Affirmé par l'article L. 132-9 du Code des assurances, le caractère strictement personnel de ce droit pouvait sembler s'y opposer. Le même caractère étant toutefois reconnu au droit de désignation<sup>5</sup>, l'exercice de la révocation paraissait devoir – à la vérité – obéir, de façon cohérente, au même régime que celui-ci.

La loi du 17 décembre 2007 a, par la suite, consolidé cette interprétation, en insérant dans le Code des assurances un nouvel article L. 132-4-1<sup>6</sup>. Ce dernier précise, en son alinéa 1<sup>er</sup>, que la souscription ou le rachat d'un contrat d'assurance sur la vie, ainsi que la désignation ou la substitution du bénéficiaire, « ne peuvent être accomplis », après le prononcé d'une curatelle à l'égard du stipulant, « qu'avec l'assistance du curateur ». La loi du 17 décembre 2007 évince ici l'exigence de l'autorisation du juge des tutelles au profit de la seule assistance du curateur, cependant qu'elle exige, *a contrario*, l'intervention du tuteur tant pour la souscription du contrat et la désignation du bénéficiaire que pour le rachat de celui-ci et la substitution de celui-là. Si elle contribue, ce faisant, à l'affaiblissement

3. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 mars 1992 : Bull. civ. I, n° 94 ; D. 1992, jurispr. p. 508, note J. Massip ; JCP N 1992, II, p. 397. V. cependant, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 mars 2007, n° 05-21.830 : Juris-Data n° 2007-037921 ; Dr. famille 2007, comm. 134, note V. Nicolas ; *ibid.*, comm. 228, note M. Bary, RGDA 2007 (n° 3), p. 687, note L. Mayaux ; JCP N 2007, 1191, note S. Hovasse, permettant, par anticipation de la réforme, sur le fondement de l'ancien article 500, alinéa 2 du Code civil, au gérant de tutelle muni de l'autorisation du juge des tutelles de procéder à la modification de la désignation du bénéficiaire de l'assurance vie, dès lors que le souscripteur est dans l'impossibilité absolue d'agir.

4. Dont l'entrée en vigueur était prévue le 1<sup>er</sup> janvier 2009.

5. Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, « Droit des assurances » : Dalloz, coll. Précis, 12<sup>e</sup> éd., 2005, n° 953.

6. Dont les dispositions sont applicables depuis le 18 décembre 2007, y compris aux contrats en cours (L., 17 déc. 2007, art. 9 III). *Adde*, C. mutualité, art. L. 223-7-1.

1. Dont l'essentiel des dispositions entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009.

2. 102<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, Les personnes vulnérables. Travaux des commissions. Compte-rendu, p. 149 et s.



**PIERRE-GRÉGOIRE MARLY**  
Maître de conférences à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)



**SYLVESTRE GOSSOU**  
Docteur en droit  
Juriste de banque

très net du caractère personnel tout à la fois du droit de révocation et du droit de désignation, la loi du 17 décembre 2007 ne gomme pas, pour autant, ce caractère<sup>7</sup>. Il en résulte, ainsi que le souligne une réponse ministérielle, que « l'initiative de la révocation n'appartient [...] qu'au stipulant ; dans le cas où il est placé sous tutelle, l'autorisation du juge des tutelles vise à protéger ce droit personnel, notamment au regard des intérêts éventuels de son représentant légal »<sup>8</sup>. Bien qu'évinçant, à l'article L. 132-4-1, alinéa 1<sup>er</sup>, le recours au juge dans le cas de la curatelle pour le rachat du contrat et la substitution du bénéficiaire, le législateur continue, dans le même temps, à l'article L. 132-9 I, alinéa 2, de soumettre l'exercice de la révocation par le curatelaire à l'autorisation judiciaire, de telle sorte qu'il devient une véritable gageure de démêler l'imbroglio des textes<sup>10</sup>. Ainsi que le suggère une réponse du ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, la clarification du droit applicable pourra résulter, dans l'attente d'une modification de l'article L. 132-9 du Code des assurances, d'une interprétation téléologique de la loi. L'intention du législateur « de simplifier la protection des majeurs sous curatelle, sans pour autant renoncer aux garanties qui l'entourent, conduit à penser que la révocation du bénéficiaire par un stipulant majeur, sous curatelle, peut s'exercer avec l'assistance du curateur sans devoir recourir au juge des tutelles ». L'identité des effets de la révocation et de la substitution, à l'égard du bénéficiaire initialement désigné, fournit, il est vrai, au soutien de cette solution un puissant argument<sup>11</sup>.

Les difficultés d'interprétation débordent, par ailleurs, les seules frontières du Code des assurances, pour s'étendre à la conciliation des dispositions de celui-ci avec celles, introduites par la loi du 5 mars 2007, dans le Code civil. Si, en effet, le premier code soumet la désignation et la substitution du bénéficiaire à l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille, dans le cas de la tutelle, et à l'assistance du curateur, dans le cas de la curatelle (C., art. L. 132-4-1, al. 1<sup>er</sup>, *réd.*, L. 17 déc. 2007), le second reconnaît au majeur sous tutelle la capacité de tester avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille, sans qu'il puisse être représenté ni assisté par le tuteur<sup>12</sup>, et au curatelaire celle de faire un testament sans l'assistance du curateur<sup>13</sup>. La confrontation de ces textes soulève la question de savoir si le Code des assurances s'applique à la désignation ainsi qu'à la substitution du bénéficiaire lorsque celles-ci ont lieu, comme il arrive fréquemment, par voie testamentaire (C. ass., art. L. 132-8, al. 6).

La solution repose sur une alternative à deux branches. La première se prévaut des maximes d'interprétation de la loi. En imposant l'intervention du curateur ou du tuteur, le Code des assurances déroge, en tant que règle spéciale, aux dispositions générales du Code civil. Il reste que si

elle permet de parvenir à une solution homogène, détachée du mode choisi pour la désignation ou la substitution du bénéficiaire, la solution méconnaît, d'un point de vue théorique, le caractère strictement personnel des dispositions testamentaires. Plus encore, elle conduit, en pratique, à établir au sein de celles-ci une discrimination inopportune. Les unes seraient valablement exprimées sans l'assistance ni la représentation de la personne chargée de la protection du majeur, cependant que les autres nécessiteraient son intervention. Il est, à la vérité, préférable, afin d'éviter un tel résultat, d'établir une distinction suivant que la désignation ou la substitution a lieu entre vifs ou à cause de mort. C'est seulement dans la première hypothèse que l'article L. 132-4-1, alinéa 1<sup>er</sup> du Code assurances requiert l'assistance du curateur et la représentation du stipulant par le tuteur. Soulignons, au passage, la cohérence de cette solution avec les règles de capacité gouvernant les donations entre vifs et, notamment, les donations indirectes auxquelles l'assurance vie peut, on le sait, servir de support<sup>14</sup>. Dans la seconde hypothèse, le Code civil autorise, en revanche, le *de cuius* placé sous mesure de protection juridique à tester sans l'assistance ni la représentation de la personne chargée de sa protection et, par suite, à procéder à la désignation, à la révocation ou à la substitution du bénéficiaire sans être assisté ni représenté par elle. Pareille interprétation est, au vrai, conforme à l'esprit de la loi du 5 mars 2007, dont l'une des finalités fut, on s'en souvient, de favoriser, à la suite de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, les libéralités du majeur protégé<sup>15</sup> et de préserver, au maximum, l'autonomie et la volonté de ce dernier.

Les dispositions du Code des assurances, issues de loi du 17 décembre 2007, n'en demeurent pas moins fécondes en surprises et en interrogations. Ainsi, conviendrait-il notamment, à l'avenir, de clarifier la mise en œuvre de l'action en nullité de l'acceptation du contrat d'assurance sur la vie, émise par le bénéficiaire au cours de la période suspecte (C. ass., art. L. 132-4-1, al. 3 ; C. mutualité, art. L. 223-7-1, al. 3)<sup>16</sup>, et, plus encore, de résoudre la question cruciale du traitement, du point de vue des règles de capacité, de l'accord du stipulant à cette acceptation. Cet accord prive, aux termes de l'article L. 132-9 II, le souscripteur du droit de révoquer la désignation du bénéficiaire, de telle sorte qu'il n'est pas exclu qu'il soit analysé comme la renonciation gratuite à un droit acquis. Or, celle-ci tombe sous le coup de la nomenclature légale des actes interdits au tuteur, même avec une autorisation<sup>17</sup>. Voilà une incertitude qui méritera d'être dissipée au plus vite, sous peine d'enrayer lourdement, à l'aune de la tutelle, le mécanisme de l'assurance vie.

N. P.

7. V. C. ass., art. L. 132-9 I, al. 2 ; C. mutualité, art. L. 223-11 I, al. 2.

8. Rép. min., F. Calvet, n° 20750 : JOAN, 5 août 2008, p. 6794.

9. Dans tous les cas, le tuteur ou le curateur est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsqu'il est le bénéficiaire du contrat d'assurance sur la vie (C. ass., art. L. 132-4-1, al. 2 ; C. mutualité, art. L. 223-7-1, al. 2).

10. V., par ex., Ph. Delmas Saint-Hilaire, « Le contrat d'assurance-vie nouveau est arrivé » : RJPF 2008 (n° 3), p. 8.

11. Rép. min., F. Calvet, n° 20749 : JOAN, 5 août 2008, p. 6794.

12. C. civ., art. 476, al. 2, *réd.*, L. 5 mars 2007.

13. C. civ., art. 470, al. 1<sup>er</sup>, *réd.*, L. 5 mars 2007.

14. Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, n° 06-12769 : D. 2008, p. 218, obs. G. Bruguière-Fontenille.

15. N. Peterka, Les libéralités du majeur protégé dans la loi du 5 mars 2007 : Dr. famille 2007 (n° 5), Étude 20.

16. V. notam., Ph. Delmas Saint-Hilaire, art. préc. ; K. Buhler, Les majeurs protégés et l'assurance vie : JCPN 2008, 1271.

17. C. civ., art. 509, *réd.*, L. 5 mars 2007.

## Loi de modernisation de l'économie – Commercialisation d'assurances-vie – Obligation de conseil.

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n° 0181 du 5 août 2008 page 12471.

Projet d'ordonnance portant modernisation des conditions de commercialisation et du régime de l'assurance sur la vie, et des règles relatives aux opérations pratiquées par les entreprises d'assurances pour les activités de retraités professionnelles supplémentaires, consultation 8 octobre 2008.

À peine esquissions-nous dans ces colonnes quelques lignes sur le projet d'ordonnance portant modernisation des conditions de commercialisation et du régime de l'assurance sur la vie<sup>18</sup>, qu'une nouvelle version de celui-ci était mise en ligne pour consultation sur le site de la Direction générale du Trésor et de la politique économique (DGPE)<sup>19</sup>.

Sur la forme, le projet renouvelé voit l'ordonnement de ses articles sensiblement modifié par rapport à son ébauche primitive. Au fond, la nouvelle version introduit de nouveaux développements sur les opérations gérées sous l'agrément de « retraite professionnelle supplémentaire »<sup>20</sup>. Par ailleurs, le projet s'enrichit de précisions relatives à la création, la souscription et le transfert d'un plan d'épargne retraite populaire (PERP)<sup>21</sup>. Enfin, il prévoit d'amender les articles L. 441-1 et suivants du Code des assurances aux fins d'appliquer aux opérations relevant de la branche 26 (assurances collectives exprimées en unités de rente) le droit commun des assurances sur la vie.

Concernant l'obligation de conseil que le futur article L. 132-27-1 du Code des assurances devrait imposer aux assureurs, il est regretté que le nouveau projet d'ordonnance ne l'ait pas étendu, ni précisé au regard de son libellé initial<sup>22</sup>. En effet, ce conseil demeure circonscrit aux opérations de capitalisation et d'assurances vie rachetables et modulé en fonction de l'expérience du client en matière financière à l'exclusion de ses connaissances relatives à l'assurance. Sous ces réserves, il demeure néanmoins acquis que les assureurs concernés seront à l'avenir tenus d'une obligation légale conseil dont ils devront prouver formellement l'exécution.

En revanche, là où le projet initial énonçait :

« Lorsque la conclusion du contrat ou l'adhésion fait intervenir un intermédiaire mentionné à l'article L. 511-1, celui-ci est soumis aux dispositions de l'article L. 520-1 II 2° dont les conditions d'application sont fixées par décret »,

la nouvelle version dispose :

« Lorsque la conclusion du contrat ou l'adhésion fait intervenir un intermédiaire mentionné à l'article L. 511-1, celui-ci est soumis aux dispositions du présent I en lieu et place de l'entreprise d'assurance ou de capitalisation, à compter du premier jour du vingt-quatrième mois suivant la publication de la présente ordonnance au Journal officiel de la République française. »

Les deux formules ont en commun de dispenser l'assureur

de son devoir de conseil en présence d'un intermédiaire en assurances dont le rôle consiste précisément à être l'interlocuteur direct du client dans la relation commerciale.

En revanche, au regard de la première, la seconde formule opère une substitution de norme applicable au conseil dont l'intermédiaire sera redevable dans l'hypothèse considérée : l'article L. 520-1 II 2° cède sa place à l'article L. 132-27-1 I (futur) du Code des assurances.

De prime abord, ce changement n'a que peu d'incidence dans la mesure où les deux dispositions précitées définissent le conseil en des termes quasiment similaires. Cependant, le futur article L. 132-27-1 I ajoute à cette définition deux précisions qui sont absentes de l'actuel article L. 520-1 II 2° : l'obligation de tenir compte des compétences du client en matière financière et le devoir de mettre en garde celui-ci s'il ne donne pas au conseiller les informations suffisantes<sup>23</sup>. D'où une contrainte supplémentaire pour les intermédiaires en assurances qui pourront être amenés, face à un même prospect et selon les contrats proposés, à fournir un conseil relevant à la fois de l'article L. 520-1 II 2° et de l'article L. 132-27-1 I. Cette contrainte explique d'ailleurs que l'article L. 132-27-1 I précité octroie aux intermédiaires visés un délai pour la mise en œuvre de leurs nouvelles obligations.

Enfin, notons qu'en permettant à l'assureur, ou le cas échéant à l'intermédiaire substitué, de commercialiser un contrat d'assurance quand même le client n'aurait pas fourni préalablement les informations nécessaires, le projet d'ordonnance s'éloigne du régime applicable aux prestataires de services d'investissement. Ne faut-il pas s'en étonner alors que le projet d'ordonnance ambitionne d'harmoniser les règles applicables à la distribution des instruments financiers et les produits d'assurances comparables ?

P.-G. M.

## Titrisation des risques d'assurance – Contrat de cession – Agrément des organismes de titrisation – Traitement prudentiel.

Décret n° 2008-711 du 17 juillet 2008 réformant le cadre juridique des fonds communs de créances, JORF n° 0167 du 19 juillet 2008

Le 13 juin 2008, le Gouvernement prenait une ordonnance transposant la directive 2005/68/CE sur la réassurance et réformant le cadre juridique des fonds communs de créances<sup>24</sup>. Entre autres innovations, ce dispositif permet désormais aux assureurs de transférer les risques qu'ils couvrent aux marchés financiers par la médiation d'un

23. C. Ass., art. L. 132-27-1 I, al. 2 et 3 (projet) :

« Pour l'application de l'alinéa précédent, l'entreprise d'assurances ou de capitalisation tient compte des connaissances du souscripteur ou adhérent et de son expérience en matière financière ainsi que de tous autres éléments que celui-ci a portés à sa connaissance.

« Lorsque la personne physique ne donne pas les informations nécessaires, l'entreprise d'assurances ou de capitalisation la met en garde préalablement à la conclusion du contrat. »

De ce dernier alinéa, il s'infère qu'à la différence d'un prestataire de services d'investissement, l'assureur ou l'intermédiaire en assurances pourra proposer un contrat même si les informations fournies par son client sont insuffisantes.

24. Ord. n° 2008-556 du 13 juin 2008, JORF n° 0138, 14 juin 2008, p. 9677. Pour un commentaire de cette ordonnance : P.-G. Marly, *Banque et Droit*, n° 120, p. 58.

18. *Banque et Droit*, n° 121, p. 74.

19. [http://www.minefi.gouv.fr/directions\\_services/dgtpe/assurance/commercialisation\\_produits.htm](http://www.minefi.gouv.fr/directions_services/dgtpe/assurance/commercialisation_produits.htm).

20. Projet de modification des articles L. 143-4 et L. 143-8 du Code des assurances.

21. Projet de modification des articles L. 132-21, L. 144-2 du Code des assurances.

22. Sur ce devoir de conseil, voir P.-G. Marly, *Banque et Droit*, n° 121, p. 74.

organisme de titrisation<sup>25</sup>. Cette faculté offre ainsi, aux côtés de la réassurance finie, une alternative à la réassurance traditionnelle. Le cadre normatif de cette titrisation de risques assurantiels a été précisé par le décret n° 2008-711 du 17 juillet 2008<sup>26</sup>.

Il ressort de ce texte que les risques titrisables peuvent être de toute nature et relever autant de l'assurance vie que de l'assurance non-vie<sup>27</sup>. En d'autres termes, quelles que soient les opérations pour lesquelles elle a été agréée, une entreprise d'assurances est habile à titriser les risques afférents.

Faut-il toutefois signaler que la titrisation ici envisagée porte moins sur le risque garanti par le contrat d'assurance (par exemple, le risque de décès de l'assuré dans une assurance vie), que sur le coût qu'engendre la prise en charge de cette garantie. À cet égard, l'article D. 214-111 du Code monétaire et financier énonce que le contrat transférant les risques d'assurance au véhicule de titrisation porte alternativement sur :

- (i) la couverture des pertes supportées par ce véhicule ou son cocontractant au titre des contrats d'assurances auxquels il est partie ;
- (ii) le versement de sommes dont le montant dépend de paramètres associés à la réalisation du risque d'assurance cédé à l'organisme.

Par ailleurs, le même article précise que le contrat de cession ne peut donner lieu à un engagement illimité de l'organisme de titrisation et, qu'à tout moment, la perte nette maximale résultant pour celui-ci de l'ensemble des contrats de cession et des instruments financiers à terme qu'il aurait conclus, évaluée en tenant compte des couvertures dont il bénéficie, ne peut être supérieure à la valeur de son actif.

Mentionnons que dans un souci de transparence vis-à-vis des investisseurs, les caractéristiques des contrats de cession doivent être exposées en détail dans le règlement ou les statuts de l'organisme de titrisation<sup>28</sup>.

Concernant les entités cédantes, le décret mentionne qu'il peut s'agir :

- d'un organisme d'assurances ou de réassurance agréé (i) en France (entreprise soumise au Code des assurances, mutuelle du Code de la mutualité, institution de prévoyance régée par le Code de la sécurité sociale), (ii) dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ou (iii) dans un autre État étranger sous réserve d'être répertorié par le ministre français de l'Économie ;
- d'un organisme de titrisation régi par le droit français ou un véhicule similaire qui, lorsque la cession est conclue à des fins de couverture, doit être situé dans l'Espace économique européen et agréé conformé-

ment à l'article 46 de la directive 2005/68 précitée sur la réassurance.

Conforme à l'article L. 214-49-11 du Code monétaire et financier, cette liste des contreparties éligibles détonne cependant avec l'article L. 310-1-2 I du Code des assurances qui n'envisage guère l'hypothèse d'une cession de risques assurantiels entre organismes de titrisation<sup>29</sup>.

Le régime des contrats de cession est encore affiné par le décret. Ainsi, l'article D. 214-112 du Code monétaire et financier précise les cas dans lesquels l'organisme de titrisation peut transférer ces contrats ou les créances qui en découlent. À cet égard, trois situations sont visées :

- (i) lorsque le véhicule de titrisation fait l'objet d'une liquidation réalisée dans l'intérêt des porteurs de parts et de titres de créances émis précédemment ;
- (ii) lorsque l'engagement de l'organisme de titrisation au titre des contrats de cession est inférieur à un pourcentage du maximum de cet engagement constaté depuis la constitution de l'organisme, défini dans le règlement du fonds et n'excédant pas 10 % ;
- (iii) lorsque les parts, actions ou titres de créances émis par cet organisme ne sont plus détenus que par un seul porteur ou par le cédant, sous réserve que cet unique détenteur en fasse la demande.

Par ailleurs, le décret développe aux articles R. 214-113 et R. 214-114 du Code monétaire et financier les conditions dans lesquelles l'ACAM délivre aux organismes de titrisation assurantielle l'agrément mentionné à l'article L. 214-49-13 du même code. Trente jours à compter de la réception de la demande d'agrément, l'ACAM rend sa décision après avoir vérifié la compatibilité des actes fondateurs du véhicule, en ce qu'ils traitent de la composition de l'actif et de la couverture des risques, avec l'exigence de financement en totalité de ses engagements.

Enfin, le décret définit au Code des assurances le traitement prudentiel des opérations de titrisation. En premier lieu, ce traitement concerne la position de l'assureur investisseur, et détermine dans quelle mesure celui-ci peut investir dans des parts ou titres émis par des organismes de titrisation. En second lieu, le traitement prudentiel vise la position de l'assureur cédant et fixe l'impact de la titrisation sur le provisionnement de ses engagements et le calcul de sa marge de solvabilité.

Sur le premier volet, les parts et titres émis par les organismes de titrisation supplantent les parts de fonds communs de créances dans le catalogue des actifs admis en représentation du passif réglementé des assureurs<sup>30</sup>. Dans le cadre d'une titrisation de risques assurantiels, lorsque l'entreprise d'assurances cédante investit dans les parts ou titres émanant du véhicule supportant les risques qu'elle lui a cédés, cet investissement est alors déduit des actifs admis en couverture des engagements réglementés<sup>31</sup>.

Après les règles d'admission, le décret fixe les critères de ventilation des parts et titres émis par les organismes

25. La réforme substitue aux fonds communs de créances deux variétés d'organismes de titrisation : les fonds communs de titrisation, organismes dépourvus de personnalité juridique et constitués sous la forme de copropriété, et les sociétés de titrisation qui peuvent être constituées sous la forme de sociétés anonymes ou de sociétés par actions simplifiées (C. Mon. Fin., art. L. 214-49).

26. En son volet afférent aux nouveaux organismes de réassurance, l'ordonnance n° 2008-556 a été précisée par le décret n° 2008-1154 du 7 novembre 2008 relatif à la réassurance.

27. C. Mon. Fin., art. D.214-110, qui vise les risques relevant des branches 1 à 26 mentionnées à l'article R. 321-1 du Code des assurances.

28. C. Mon. Fin., art. 214-92, 1° et 2°.

29. Sur ce point, voir P.-G. Marly, préc.

30. C. Ass., art. R. 332-2.

31. C. Ass., art. R. 332-2-1.

de titrisation assurantielle. Rappelons que ces critères quantitatifs sont exprimés par des plafonds d'investissement en pourcentage d'une base de dispersion égale à la différence entre le montant total du passif privilégié (i.e. les provisions techniques) et le montant total des actifs autres que les placements réglementés, toutes monnaies confondues. À partir de cette valeur de référence, l'article R. 332-3 du Code des assurances limite les investissements de l'assureur par catégorie d'actifs. Le décret pourvoit donc cette disposition d'une nouvelle limite en ajoutant que la valeur au bilan de l'assureur des parts et titres des véhicules de titrisation assurantielle ne peut excéder 5 % de la base de dispersion définie plus haut.

Sur le second volet du traitement prudentiel, l'article R. 332-3-3 du Code des assurances prévoit désormais que la fraction des provisions techniques relatives aux risques transférés à un véhicule de titrisation peut être représentée, à l'actif de l'assureur cédant, par une créance sur ce véhicule. À cet égard, le sort de la titrisation est donc aligné sur celui de la réassurance, à ceci près qu'à la différence de la créance de l'assureur sur le véhicule de titrisation, la créance sur le réassureur doit être assortie d'une garantie<sup>32</sup>. Toutefois, il est précisé qu'au cas où le véhicule de titrisation n'est plus en mesure de respecter à tout moment ses engagements, les créances sur ce véhicule de titrisation ne sont admises en représentation des engagements relatifs aux affaires cédées à ce véhicule, que sur autorisation de l'ACAM et dans les limites fixées par celle-ci.

Le décret dégage ensuite les conditions dans lesquelles la titrisation de risques assurantiels est prise en compte par l'assureur cédant dans le calcul de sa marge de solvabilité<sup>33</sup>. Rappelons que l'exigence de marge de solvabilité impartit aux organismes d'assurance de disposer d'un montant de ressources non engagées supérieur à un minimum réglementaire. Ainsi, il est prévu que l'organisme d'assurances puisse demander à l'ACAM que les montants récupérables au titre des risques titrisés soient assimilés à des cessions en réassurance pour le calcul de la marge de solvabilité.

P.-G. M.

### Assurance emprunteur – Devoir de conseil de l'établissement de crédit – Condamnation au titre de la perte d'une chance – Incidence sur l'estimation du préjudice subi.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 sept. 2008, pourvoi n° 06-17859.

L'évaluation du préjudice causé au preneur d'assurance pour défaut de conseil constitue l'une des conséquences fluctuantes de la mise en cause de la responsabilité civile professionnelle des intermédiaires en assurances. Ces circonstances font appel au pouvoir d'appréciation des juges dont le rôle consiste alors à déterminer le montant du préjudice causé. Dans bien des cas, les tribunaux mettent en œuvre une sanction spécifique à l'assurance, assimilable à l'allocation de dommages-intérêts. Cette sanction est appliquée lorsque l'assuré démontre que

les manquements invoqués constituent une faute qui lui a porté préjudice. Or, en matière assurantielle, les préjudices souvent invoqués consistent en l'impossibilité de bénéficier d'une garantie d'assurance efficace en cas de réalisation du risque redouté. Aussi, le juge est-il écartelé entre le choix d'une réparation intégrale et celui pour la perte d'une chance, les qualités réparatrices de cette dernière solution étant moins avantageuses pour l'assuré.

L'arrêt de la Cour de cassation du 18 septembre 2008 fait une intéressante application au devoir d'information de la notion de perte d'une chance. Lors de la souscription d'un prêt immobilier, une candidate à un emprunt adhère à une assurance de groupe garantissant la prise en charge du remboursement des échéances du crédit en cas de décès. Ayant, par la suite, été placée en invalidité, l'adhérente demande à la compagnie d'assurances de prendre en charge le remboursement des échéances du crédit. Mais celle-ci lui oppose un refus, au motif que seul le risque décès était garanti. Reprochant au prêteur d'avoir manqué à son obligation de conseil, l'adhérente l'assigne en justice, et lui réclame une somme correspondante aux échéances de remboursement dues à compter de la date de son invalidité. Les juges du fond ont accédé à la demande de la requérante, mais seulement au titre de la perte d'une chance, ce qui était de faible importance au regard de la demande de l'adhérente. La Cour de cassation confirme par la suite la décision rendue en reconnaissant clairement que le préjudice imputable à l'établissement de crédit s'analyse bien en une perte d'une chance, dans la mesure où le manquement de l'assureur à son devoir de conseil a privé l'emprunteur de la possibilité de s'adresser à d'autres assureurs ; ceux-ci, s'ils avaient accepté de garantir ce risque, lui auraient alors réclamé un supplément de prime qui aurait pu lui faire renoncer à cette garantie. Le préjudice imputable constitue donc une perte de chance que la cour d'appel a souverainement évaluée. Toute la difficulté résulte de la détermination du préjudice réparable, du fait de la perte d'une chance.

La perte d'une chance est considérée comme la perte d'une possibilité de réaliser un gain<sup>34</sup> ou encore la disparition de la probabilité d'un événement favorable lorsque cette chance apparaît suffisamment sérieuse<sup>35</sup>. Cette notion visiblement plus facile à appliquer aux préjudices économiques quantifiables qu'aux manquements abstraits, il est légitime de se demander si elle peut être appliquée au devoir de conseil. Lorsqu'un assuré n'a pas été correctement conseillé par un intermédiaire d'assurance, faut-il réparer l'intégralité du dommage subi ou faut-il pondérer cette réparation par la probabilité qu'il avait d'agir correctement s'il avait reçu un conseil adapté à sa situation ?

La Cour de cassation, selon une formule habituelle, rappelle que « la perte d'une chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle était réalisée »<sup>36</sup>. Sous le visa du célèbre article

34. M. Fabre-Magnan, « De l'obligation d'information dans les contrats », LGDJ, bibl. dr. privé, tome 221, 1992, n° 622.

35. Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, « Droit de la responsabilité et des contrats », Dalloz action, éd. 2002-2003, n° 1418.

36. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 juin 2008, pourvoi n° 07-16295 ; Cass. Crim., 20 fév. 2008, pourvoi n° 07-81467 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 fév. 2008 ; pourvoi n° 06-17285, Cass. Com., 7 janv. 2004, pourvoi n° 17-426.

32. C. Ass., art. R. 332-17.

33. C. Ass., art. R. 334-5 et R. 334-13.

1382 du Code civil, les juges tiennent compte du lien de causalité entre la faute et le préjudice final pour refuser le principe d'une réparation intégrale et retenir exclusivement les conséquences liées à la perte d'une chance<sup>37</sup>. Ce principe limite le montant des dommages et intérêts dus par l'intermédiaire en assurances, en ce sens qu'il est exonéré de l'obligation de prendre totalement en charge les indemnités qui auraient été versées par l'assureur, si l'assuré avait reçu le conseil adéquat. Dans une affaire assez significative sur ce sujet, un emprunteur adhérent à une assurance de groupe a été déclaré en invalidité à 100%. Appelé à indemniser l'emprunteur invalide, l'assureur refuse sa garantie au motif que celle-ci était limitée à l'invalidité absolue avec assistance d'une tierce personne. Retenant que la banque avait manqué à son devoir d'information, entretenu l'illusion d'une garantie accordée sans restriction et dissuadé l'assuré de souscrire une assurance complémentaire, les juges du fond ont condamné l'établissement de crédit à réparer le préjudice résultant de la perte de chance de bénéficier d'une assurance que l'adhérent aurait pu souscrire s'il avait été informé de l'étendue de ses droits<sup>38</sup>. Dans une autre décision, la responsabilité civile d'un banquier qui a fait adhérer ses emprunteurs à une assurance de groupe a été retenue pour avoir privé l'un d'entre eux de la perte d'une chance d'obtenir la prise en charge du remboursement du prêt, en ne l'informant pas de son intérêt de souscrire une assurance garantissant son décès ou son incapacité<sup>39</sup>.

Toutefois, dans certaines circonstances, les magistrats exigent une réparation intégrale du préjudice subi, dépouillant ainsi la qualification de perte d'une chance de sa conséquence naturelle sur le montant de la réparation<sup>40</sup>. La réparation intégrale consiste à allouer au créancier du devoir de conseil, une indemnité lui permettant d'obtenir les droits qu'il aurait eus si le manquement constaté n'avait pas eu lieu. Dans le cadre d'une assurance en garantie d'un emprunt, la réparation du préjudice subi par un emprunteur « à découvert d'assurance » du fait d'un défaut de conseil va consister pour le banquier à rembourser les échéances du crédit en lieu et place de l'emprunteur. Dans certains cas, la garantie d'assurance est due, mais l'assuré reproche au présentateur de l'opération d'assurance de n'avoir pas diffusé une information suffisamment rigoureuse susceptible de l'inciter à prendre une assurance complémentaire. Ainsi, le créancier de l'obligation d'information et de conseil doit démontrer que si cette obligation avait été correctement exécutée, il aurait été en mesure de prendre une assurance complémentaire le couvrant contre l'ensemble des risques courus. Pour déterminer le préjudice dans ce cas, il faut envisager le dénouement qu'aurait connu l'assurance si la faute invoquée n'avait pas été commise, c'est-à-dire se livrer à une recherche de la situation qui aurait été celle de l'adhérent si la garantie complémentaire avait été

souscrite. Dans l'hypothèse d'une faute ayant empêché la prise d'une garantie supplémentaire ou l'adhésion à une assurance plus adaptée à la situation de l'assuré, le préjudice subi par ce dernier consiste en l'impossibilité de prendre les mesures nécessaires pour parer à la situation redoutée. À titre de dommages-intérêts, les juges demandent au présentateur d'opérations d'assurances fautif de prendre en charge les garanties qu'il aurait dû verser l'assureur si la faute invoquée n'avait pas été commise. Une banque et sa filiale d'assurance vie ont été condamnées à payer une indemnité de 9 000 euros en réparation d'une perte de chance pour la petite-fille de la souscriptrice du contrat de se voir désigner comme bénéficiaire à égalité avec sa tante. Les juges du fond considèrent que le bancassureur n'a pas rempli son devoir de conseil en faisant souscrire un contrat d'assurance vie avec une clause standard « mon conjoint, à défaut mes enfants nés ou à naître, à défaut mes héritiers ». L'inconvénient d'une telle stipulation est qu'elle ne prévoit pas la représentation de ses enfants nés ou à naître. Cette clause bénéficiaire évinçait les petits enfants de la souscriptrice du bénéfice de l'assurance, alors que telle n'était pas la volonté de cette dernière. En témoigne, selon les juges du fond, un autre contrat d'assurance souscrit par l'intermédiaire d'une autre banque auprès d'une autre compagnie d'assurance désignant comme bénéficiaires du capital décès ses « enfants vivants ou représentés ». Selon les juges, le distributeur aurait dû informer le souscripteur qu'à l'inverse des règles de dévolution successorale, la représentation des enfants prédécédés par leurs enfants n'est ni de droit, ni automatique, s'agissant de contrats d'assurance vie soumis à une législation spécifique exorbitante du droit commun<sup>41</sup>. En ce sens, un conseil bien avisé ou mieux, une écoute plus attentive des souhaits de la cliente aurait permis à la banque de rédiger une clause bénéficiaire adéquate et d'éviter ainsi cette assignation en justice. Lorsque les termes de la notice d'information d'une assurance de groupe sont susceptibles de donner lieu à des confusions, le banquier est tenu de conseiller son client afin que ce dernier ne se méprenne pas sur l'opération envisagée.

Au regard des fluctuations jurisprudentielles relatives à la perte d'une chance, les banquiers intermédiaires d'assurance ont tout intérêt à alerter leurs prospects sur les risques liés à une couverture insuffisante et à la nécessité de souscrire des assurances complémentaires. Dans cette optique, il est nécessaire de bien formaliser le conseil donné conformément à la réglementation sur l'intermédiation en assurance. Tout porte à croire que les vertus probatoires de la nouvelle exigence de formalisation du devoir d'information permettront de déterminer avec exactitude l'étendue de la responsabilité des intermédiaires en assurances, afin que les sanctions, au cas échéant, soient proportionnelles aux manquements constatés. ■

S. G.

37. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 juin 2006, pourvoi n° 04-14936; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 fév. 1996, Resp. civ. ass., déc. 1999, chron., n° 26, obs. G. Courtieu.

38. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 nov. 1996, L'Argus 17 janv. 1997, p. 35.

39. Cass. com., 4 juin 2002, Dr. et patr. 25 sept. 2002, p. 3.

40. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 03-13896, Lamy assurances, Bull. d'actualité n° 108, juill. 2004.

41. CA Paris, 30 avril 2002, Juris-Data n° 2002-211444, Rev. dr. banc. fin. fév. 2003, n° 7; J. Bigot, note sous CA Paris, 30 avril 2002, RGDA 2002, p. 1024.