

# CHRONIQUE

## BANCASSURANCE



**PIERRE-GRÉGOIRE MARLY**  
Professeur agrégé des facultés de droit



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

### Intermédiation en assurance – Assurance vie en unités de compte – Obligation de conseil.

Cass. com., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-10 059, inédit

Confrontés à la chute des marchés financiers, les souscripteurs d'assurances vie en unités de compte rivalisent d'ardeur pour ne pas subir la dépréciation de leur contrat. L'arsenal qu'ils déploient vise parfois l'assureur : ici, ils brandissent leur faculté de renonciation prorogée à raison d'un formalisme informatif défaillant<sup>1</sup> ; là, ils soulèvent un manque de prudence dans le choix des supports d'unités de compte<sup>2</sup> ou un défaut d'information annuelle sur ces mêmes valeurs<sup>3</sup>.

La charge est parfois portée contre les intermédiaires d'assurance, singulièrement les bancassureurs, accusés d'avoir prodigué un conseil inadapté lors de la souscription, et même au-delà. Bien que ce grief soit largement repoussé par les tribunaux, lorsqu'il tend à la réparation du préjudice résultant de la seule dévalorisation d'un contrat d'assurance à capital variable, la décision rapportée pourrait bien en renforcer l'attrait. En l'espèce, un particulier avait souscrit auprès d'une caisse d'épargne et de prévoyance un PEA et une assurance vie libellée en unités de compte. Constatant en 2002 la dépréciation du capital investi dans ces contrats, le preneur assigne la caisse en responsabilité pour manquement à son obligation d'information et de conseil.

La demande est rejetée par la cour d'appel au motif que le preneur était dûment averti par les documents précontractuels du risque de perte lié aux produits litigieux, la banque ne pouvant de surcroît être tenue d'anticiper la réalisation de ce risque. En outre, s'agissant d'opérations non spéculatives, la caisse n'était redevable d'aucune mise en garde particulière à l'égard de son client.

Cet arrêt est censuré par la Cour de cassation qui reproche aux juges du fond d'avoir omis de rechercher « si la caisse avait fourni à sa cliente un conseil adapté à sa situation personnelle dont elle avait connaissance », privant ainsi leur décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil.

À première lecture, il semble difficile de déterminer lequel des deux contrats litigieux est visé par la solution, à moins qu'ils ne le soient ensemble. Le moyen joint à la décision dévoile cependant que le pourvoi était centré sur le conseil dû par la caisse lors de la souscription du contrat d'assurance. Sur ce terrain, il est acquis depuis un arrêt remarqué du 2 mars 2007 que la banque qui propose une assurance à son client doit éclairer celui-ci sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle, cette obligation n'étant pas consommée par la seule remise d'une notice d'information claire et complète sur le contrat proposé<sup>4</sup>.

Toutefois, dans cet arrêt, comme dans d'autres qui en ont reproduit fidèlement la solution<sup>5</sup>, il s'agissait d'un adhérent à une assurance collective emprunteurs s'indignant de ne pas être couvert à la suite d'un sinistre et reprochant à sa banque de lui avoir conseillé un contrat dont les garanties « incapacité – invalidité » étaient inadaptées à sa situation personnelle. Or, la décision commentée étend cette solution au cas, fort peu comparable, d'une assurance vie individuelle stipulée en unités de compte dont le preneur déplore le rendement décevant.

Partant, la Haute juridiction confirme la généralité du devoir de conseil que le bancassureur tient de son statut d'intermédiaire en assurance. Se fondant sur l'article 1147 du Code civil, elle fait en réalité une application anticipée de l'article L. 520-1 2° du Code des assurances auquel les faits jugés n'étaient pas soumis.

Rappelons que cette disposition, introduite par la loi n° 2005-1 564 du 15 décembre 2005, impose à tout intermédiaire d'assurance de s'enquérir formellement des besoins et exigences de son client afin de l'éclairer sur le

1. C. Ass., art. L. 132-5-1 et suiv. Sur le récent contentieux noué autour de la faculté de rétractation : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 février 2009, pourvoi n° 08-12.280, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 février 2009, pourvoi n° 08-13-566, Banque & Droit n° 125, mai-juin 2009, p. 57, obs. P.-G. Marly ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 novembre 2008, Pourvoi n° 07-15 172, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 septembre 2008, pourvoi n° 07-16 149, Banque & Droit n° 123, janvier-février 2009, p. 59, obs. P.-G. Marly.

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

3. C. Ass., art. L. 132-22.

4. Cass. A.P., 2 mars 2007, n° 06-15-267, Banque et Droit 2007, n° 115, p. 58, obs. S. Gossou, JCP E n° 1375, p. 10, note D. Legeais, D. 2007. 985, n° 14, p. 985, note S. Piedelièvre.

5. Notamment : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 octobre 2008, n° 07-16018 et n° 07-15 276.

choix d'un contrat idoine. Depuis peu, cette démarche s'est enrichie, pour certains contrats, d'une obligation de vérifier les compétences du prospect en matière financière et de le mettre en garde avant la conclusion du contrat s'il n'a pas fourni toutes les informations sollicitées<sup>6</sup>.

Ce régime tend ainsi à s'harmoniser avec celui qui officie en matière d'intermédiation financière depuis la réforme MIF dont la Cour régulatrice, là encore, n'hésite pas à faire une application anachronique<sup>7</sup>. Désormais, quelle que soit la nature du produit commercialisé, la banque doit vérifier que le contrat qu'elle recommande à son client est conforme à sa situation personnelle. Or c'est bien de cette obligation qu'en l'espèce commentée les juges du fond devaient contrôler l'exécution, ce qui est clair la faute potentiellement imputable à la caisse d'épargne et de prévoyance. L'intermédiaire d'assurance étant un conseiller, non un devin, la caisse ne pourrait décemment se voir reprocher de ne pas avoir prédit la dépréciation des supports financiers du contrat litigieux. Elle ne saurait davantage être accusée de ne pas avoir informé son client du risque même de dépréciation de ces actifs. De fait, cette information est suffisamment martelée par la notice du contrat qui, à tout le moins, doit mentionner que la valeur des unités de compte est sujette à des fluctuations que supporte le preneur<sup>8</sup>. Ainsi avisé, ce dernier est amplement protégé par la possibilité de se rétracter dans les trente jours à compter du moment où il est averti de la souscription ou de l'adhésion<sup>9</sup>.

La faute de conseil résiderait alors pour la caisse dans le fait d'avoir proposé un contrat trop risqué compte tenu des renseignements communiqués par le client sur sa situation financière ou ses objectifs patrimoniaux. Au-delà d'une simple mise en garde, le conseil oblige donc l'intermédiaire à recommander un contrat corrélant les besoins du futur souscripteur. Le souscripteur mécontent devra alors démontrer la divergence entre le produit conseillé et les informations transmises. Y parviendrait-il, qu'il lui faudra encore avérer un dommage réparable. S'agirait-il du préjudice financier résultant de la seule baisse des supports d'unités de compte? Rien n'est moins sûr. Faut-il alors considérer la perte de chance d'avoir ailleurs investi son épargne? L'évaluation d'un tel dommage serait bien hasardeuse. Reste la perte de chance d'avoir pu gérer efficacement le contrat lors de sa dévalorisation, en procédant notamment à des arbitrages<sup>10</sup>. Il semble toutefois délicat de caractériser un lien de causalité entre ce préjudice et un défaut de conseil précontractuel. En revanche, un tel lien serait envisageable si le conseil préalable à la souscription se prolongeait à l'exécution du contrat. La décision rapportée n'a sans doute pas entendu consacrer un tel prolongement, mais il n'est pas exclu que les tribunaux en viennent à l'inférer du vaste principe de bonne foi contractuelle.

## Directive Solvabilité 2 – Adoption – Soutien de groupe – Investissement en actions.

Résolution législative du Parlement européen du 22 avril 2009 sur la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'accès aux activités de l'assurance directe et de la réassurance et leur exercice (dite « Solvabilité 2 ») (COM(2008)0119 – C6-0231/2007 – 2007/0143(COD)).

Non sans peine, la directive Solvabilité 2 a été adoptée le 22 avril dernier par le Parlement européen.

Rappelons que ce texte ambitionne de réformer en profondeur le cadre prudentiel des organismes européens d'assurance, en ce compris leur régime financier, leurs règles de gouvernance et leur mode de surveillance. Au fond, cette réforme repose sur trois piliers qui, toutefois, n'apparaissent en la forme.

Le premier pilier décline les exigences quantitatives auxquelles les assureurs devront se conformer. Sous l'actuel régime « Solvabilité 1 », les organismes concernés sont soumis à trois obligations corrélatives :

- provisionner suffisamment leurs engagements ;
- représenter ceux-ci en permanence par des actifs équivalents ;
- disposer d'un niveau de fonds propres garantissant une marge de solvabilité suffisante<sup>11</sup>.

Ce régime est essentiellement assis sur des données comptables et ne fait pas explicitement référence au risque réellement supporté par les assureurs. C'est pourquoi la directive Solvabilité 2 introduit une véritable actualisation des engagements et donc une meilleure sensibilité au risque. En ce sens, les provisions techniques, qui représentent au passif une estimation des dettes d'assurance, devront être évaluées selon le principe de juste valeur (*fair value*), c'est-à-dire suivant le montant pour lequel les engagements qu'elles figurent pourraient être cédés (valeur de sortie actuelle)<sup>12</sup>.

Quant aux actifs destinés à couvrir ces engagements, leurs actuels critères d'éligibilité et de ventilation devraient disparaître en sorte que, sous réserve d'agir prudemment dans l'intérêt des assurés, les assureurs seront théoriquement affranchis des contraintes qualitatives et quantitatives qui pèsent sur leurs investissements. Ils devront toutefois satisfaire aux deux exigences de capital réglementaire qui supplanteront l'actuelle marge de solvabilité :

- le minimum de capital requis (MCR), qui correspond au seuil de fonds propres en deçà duquel l'entreprise d'assurance ne peut fonctionner normalement<sup>13</sup> ;
- le capital de solvabilité requis (CSR ou SCR), qui

6. Ord. n° 2009-106 du 30 janvier 2009. Ce devoir de conseil renforcé, qui s'impose aux assureurs en l'absence d'intermédiaire, est réservé aux opérations de capitalisation et d'assurances vie rachetables.

7. Voir notamment Cass. com., 8 avril 2008, n° 07-13 013, *Banque et Droit*, n° 119, p. 23, RTD com. 2008, p. 592, obs. M. Storck.

8. C. Ass., art. A. 132-5.

9. C. Ass., art. L. 132-5-1.

10. Comp. Cass. com., 10 mars 2009, n° 08-11 445.

11. Sur ce régime : P.-G. Marly, *Entreprises d'assurance*, Jcl. Resp. civ. et Ass., Fasc. 504-60, n° 82 et suiv.

12. Concrètement, sauf les passifs répliquables (« hedgeables ») par des instruments financiers qui seront enregistrés à leur valeur de marché, les provisions techniques auront un montant égal à la somme de deux éléments :

- la meilleure estimation (*best estimate*) correspondant à la valeur actuelle probable des flux de trésorerie futurs qui seront requis pour honorer les obligations d'assurance, ainsi que les dépenses, les primes discrétionnaires à venir ou les garanties financières ;
- la marge de risque qui représente le coût additionnel nécessaire pour garantir que la valeur des provisions techniques soit égale à la somme (coût du capital) que leverait ou immobiliserait un assureur tiers qui reprendrait hypothétiquement le portefeuille de contrats considéré.

13. Le MCR devra demeurer dans une fourchette de 25 % à 45 % du SCR.

figure le niveau de fonds propres dont a besoin une entreprise d'assurance pour limiter sa probabilité de ruine à 0,5 % à l'horizon d'un an.

Pratiquement, chaque risque pesant sur une société d'assurance (dont le risque de marché, le risque de crédit et le risque opérationnel) sera associé à un besoin en fonds propres. Ainsi, le niveau de CSR exigé variera en fonction de la nature des investissements, selon l'intensité du risque de marché qui leur est associé.

Le deuxième pilier de la directive pose, quant à lui, des règles qualitatives destinées à améliorer et harmoniser la surveillance des assureurs. Ces derniers devront ainsi renforcer leurs dispositifs de gouvernance, de gestion des risques et de contrôle interne. Quant aux autorités de régulation, elles se voient dotées de pouvoirs accrus et pourront requérir d'une société des fonds propres supplémentaires si son profil de risque s'écarte sensiblement des hypothèses qui sous-tendent son CSR ou si son système de gouvernance présente d'importantes carences.

Surtout, la directive introduit un véritable contrôle de groupe sous l'égide d'un supra-régulateur nommé parmi les superviseurs nationaux des entités composant un groupe considéré. Le texte communautaire intègre ainsi la dimension globale des groupes transfrontaliers d'assurance en affirmant la prééminence du contrôle de l'ensemble sur celui de ses composantes.

Enfin, le troisième pilier de la directive traite de la discipline de marché et redéfinit les informations dont les assureurs sont redevables tant à l'égard du public que des autorités de contrôle. Ces dernières devront également informer annuellement le Comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles (CECAPP ou CEIOPS) du montant et de la répartition des fonds propres supplémentaires qu'elles auraient pu requérir des entités qu'elles supervisent. Par suite, ces informations seront publiées et communiquées par ledit Comité à la Commission européenne.

Dans son ensemble, le texte retenu dégage une certaine harmonie qui ne doit cependant pas voiler les dissonances qui ont précédé son adoption.

Une première pierre d'achoppement concernait le régime du « soutien de groupe », initialement prévu dans le projet de directive, et permettant à une filiale de couvrir l'écart entre son MCR et son SCR par un engagement de sa société mère de lui transférer les actifs en cas de besoin. En d'autres termes, le SCR étant apprécié au seul niveau du groupe, il était ainsi envisagé que les filiales puissent ne fonctionner qu'avec un capital égal au MCR.

Au plan juridique, la qualification de l'engagement émis par la société mère suscitait des interrogations. En effet, le projet de directive définissait alors le soutien groupe comme une « une déclaration au contrôleur du groupe, exprimée dans un document juridiquement contraignant, par laquelle le groupe s'engage à transférer des fonds propres éligibles ». Il était encore précisé que cette déclaration de soutien devait satisfaire « à toutes les conditions exigées par le droit national de l'entreprise mère pour être reconnu comme un engagement juridiquement contraignant ».

Au regard du droit français, le soutien de groupe peut-il relever des garanties autonomes<sup>14</sup>, lors même que la société mère s'obligerait, non à l'égard du créancier de la dette garantie, mais au profit des autorités de contrôle? Faut-il davantage y voir une lettre d'intention, quoique le soutien de groupe ne vise pas une obligation particulière de la filiale à l'égard d'un créancier déterminé?

N'importe! Le soutien de groupe a finalement été évincé de la directive sous la pression de certains États dont les assureurs sont principalement des filiales de grands groupes européens et qui voyaient d'un mauvais œil la consolidation du capital au niveau d'une société mère située dans un autre pays de l'Union. Le Parlement et la Commission ont toutefois obtenu d'insérer dans le texte définitif une clause de révision offrant de réexaminer dans trois ans le principe et l'opportunité de ce mécanisme dérogatoire<sup>15</sup>. Par ailleurs, l'abandon du soutien de groupe ne remet pas en cause le contrôle de groupe qui demeure l'une des clefs du nouveau dispositif.

L'autre point de tension entre le Conseil et le Parlement résidait dans l'exigence de capital cible (SCR) liée aux investissements en actions. Il a été vu que, suivant cette nouvelle exigence, plus un actif présente un risque élevé à l'horizon d'un an, plus il est coûteux en fonds propres, d'où une évidente pénalisation des placements en actions compte tenu de leur haute volatilité à brève échéance. Or, les assureurs investissent précisément dans ces titres parce qu'ils sont rentables sur une longue durée et couvrent ainsi leurs engagements à long terme, notamment en assurance vie. D'où l'idée de moduler le chargement en fonds propres de ces investissements suivant la « durée »<sup>16</sup> des passifs afférents.

Ce correctif a finalement été intégré dans la directive<sup>17</sup>. Au reste, il est prévu que les autorités de contrôle puissent accorder aux assureurs un délai idoine pour reconstruire leur SCR en cas de chute exceptionnelle des marchés financiers<sup>18</sup>. Enfin, les produits de retraite supplémentaire, d'une « durée » d'au moins 12 ans, pourront déroger aux règles de la directive, ce qui devrait soutenir la position concurrentielle des assureurs français face aux fonds de pension soumis à des règles de solvabilité beaucoup plus souples.

En somme, la directive Solvabilité 2 est donc une œuvre de compromis. Reste que ce texte n'est qu'une première étape du processus « Lamfalussy » qui en compte quatre. Par suite, des mesures d'application devront le compléter, avant qu'il ne soit localement transposé et son application effective. Nul doute que dans ce délai, les Gouvernements de l'Union ne manqueront pas d'exhumer leurs nombreuses divergences. ■

P.-G. M.

14. C. civ., art. 2321.

15. Directive, Art. 246, point 2.

16. Selon l'Acam, la durée d'un produit financier est l'élasticité de son prix à une variation des taux d'intérêts. Elle peut être comprise comme étant la durée de vie moyenne de ses flux financiers pondérés par leur valeur actualisée.

17. Directive, Art. 105 ter.

18. Directive, Art. 136-3-a.