

REVUE GÉNÉRALE DU DROIT DES ASSURANCES

Secrétaire de rédaction
Richard GHUELDRE

Directeur
Jérôme KULLMANN

Directeur adjoint
Luc MAYAUX

Directeur honoraire
Jean BIGOT

DOCTRINE

→ Le nouveau droit de la distribution de l'assurance – par D. Langé

COMMENTAIRES

ASSURANCES EN GÉNÉRAL

→ Action directe de la victime contre l'assureur en cas de désistement de l'action engagée à l'encontre de l'assuré – par J.-P. Karila → Sanctions de la déclaration frauduleuse d'un sinistre fictif – par M. Asselain → Opposabilité des conditions générales non signées – par M. Asselain

ASSURANCE AUTOMOBILE

→ Un véhicule stationné sur un terrain privé que son propriétaire ne conduit plus reste soumis à l'obligation d'assurance – par J. Landel → L'offre de l'assureur ne peut pas porter sur des postes de préjudice dont il ignore l'existence – par J. Landel

ASSURANCES DE PERSONNES

→ Le devoir d'assistance en cours de contrat du banquier souscripteur d'une assurance emprunteur – par A. Pélissier → Arbitrages à cours connu : le souscripteur n'a pas toujours gain de cause – par L. Mayaux

Le nouveau droit de la distribution de l'assurance

La distribution de l'assurance à l'échelle du marché unique appelle une réglementation à deux niveaux. Par le haut, l'appareil de distribution doit être soumis aux mêmes règles pour éviter les distorsions de concurrence. Par le bas, l'acte de distribution doit être au plus près du client pour servir au mieux les intérêts du consommateur.

Par Daniel Langé

Professeur émérite à l'université François-Rabelais (Tours)

115z6

Origine : La mise en place d'un marché unique de l'assurance à l'échelle européenne appelait, ici comme dans toutes les activités de service ouvertes à la concurrence, une harmonisation des règles nationales. Une directive montrait la voie en 2002⁽¹⁾. Pourquoi fallait-il y revenir 15 ans plus tard ?

Entre-temps, le marché s'est géographiquement élargi à 28 États, membres de l'Union européenne, avec, au total, des écarts de règles nationales. De nouveaux modes de distribution de l'assurance que ne visait pas la directive de 2002 ont pris leur essor. Surtout, la bourrasque financière traversée en 2008-2009 a réactivé le besoin de garantir, aux consommateurs des services financiers et assurantiels, une protection renouvelée à défaut d'être toujours efficace. Il n'en fallait pas davantage pour remettre l'ouvrage sur le métier. C'est chose faite avec la directive n° 2016/97 du Parlement européen et du Conseil sur la distribution d'assurance (DDA) du 20 janvier 2016 qui modifie la directive n° 2002/92 intermédiation en assurance (DIA), complétée par deux règlements délégués de la Commission européenne du 21 septembre 2017⁽²⁾.

Les objectifs poursuivis par la directive sont cohérents avec les politiques poursuivies concernant les produits d'investissement de détail (PRIIP). Comme toujours, dans ce genre de directive, l'objectif est à double détente : renforcer certes la protection des preneurs

d'assurance de détail⁽³⁾, mais tout en garantissant des conditions de concurrence équitables entre tous les acteurs de la vente de ces produits par l'obligation faite aux États d'harmoniser les législations nationales.

L'ambition de la directive, reprise par les textes de transposition dans l'ordre juridique français⁽⁴⁾, est de dépasser la seule approche de l'intermédiation en matière d'assurance pour embrasser l'activité de la distribution de produits d'assurance, tous canaux confondus, tous produits d'assurance⁽⁵⁾ ou de réassurance⁽⁶⁾ confondus, afin d'unifier le cadre réglementaire des pratiques commerciales du secteur de l'assurance. L'ordonnance traduit au livre V du Code des assurances cette volonté de **construire un droit de la distribution d'assurances** sous l'intitulé « Distributeurs d'assurances » qui fait le pendant du droit de la « production de l'assurance » sous l'intitulé « Les entreprises » du livre III. Elle est prise sur le fondement du V de l'article 46 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique⁽⁷⁾ et complétée par un décret⁽⁸⁾.

Ce droit de la distribution est conçu en s'attachant d'abord à la construction d'un **appareil de distribution de l'assurance** répondant à des caractéristiques semblables à l'échelle d'un marché voulu unique de l'Union Européenne pour faire commerce d'assurance. Il est tourné dans un second temps vers l'**acte de distribution d'une assurance** pour lequel il s'agit de poser les règles de conduite du distributeur d'assurance au service essentiel de la satisfaction du souscripteur ou de l'adhérent.

L'ordonnance et son décret ne bâtissent pas sur une table rase. Les bases de ce droit de la distribution de l'assurance avaient déjà été posées par les textes de 2005 transposant la directive de 2002. Il

(1) Bigot J. et Langé D., « L'intermédiation d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, t. 2, 2^e éd., 2009, Paris, LGDJ, n°s 28 et s.

(2) Règlement délégué (UE) n° 2017/2358 du 21 septembre 2017 relatif aux exigences de surveillance et de gouvernance des produits applicables aux entreprises d'assurance et aux distributeurs de produits d'assurance et règlement délégué (UE) n° 2017/2359 du 21 septembre 2017 relatif aux exigences en matière d'information et les règles de conduite applicables à la distribution de produits d'investissement fondés sur l'assurance.

(3) Par opposition aux grands risques au sens de l'article 5 point d) de la directive n° 73/239/CEE.

(4) Ord. n° 2018-361, 16 mai 2018, relative à la distribution d'assurances : JORF n° 0112, 17 mai 2018, texte n° 29.

(5) C. mut., art. L. 116-6 : « Les dispositions du Code des assurances relatives aux distributeurs d'assurance sont applicables aux mutuelles et unions régies par le livre II du présent code, sous réserve des règles propres à ces mutuelles ou unions prévues par le présent code. » ; CSS, art. L. 932-53 : « Les dispositions du Code des assurances relatives aux distributeurs d'assurance sont applicables aux institutions de prévoyance et unions régies par le présent titre, sous réserve des règles propres à ces institutions de prévoyance et unions prévues par le même titre. » ; CSS, art. L. 932-53 : « Les dispositions du Code des assurances relatives aux distributeurs d'assurance sont applicables aux institutions de prévoyance et unions régies par le présent titre, sous réserve des règles propres à ces institutions de prévoyance et unions prévues par le même titre ».

(6) Pour la suite du commentaire, il faudra comprendre assurance et réassurance sauf mention particulière pour la réassurance.

(7) Entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018, à l'exception des dispositions du II de l'article L. 511-2 du Code des assurances, dans leur rédaction résultant de la présente ordonnance, qui entrent en vigueur le 23 février 2019.

(8) D. n° 2018-431, 1^{er} juin 2018, relatif à la distribution d'assurances : JORF n° 0126, 3 juin 2018, texte n° 17.

s'agit seulement de faire un pas de plus dans cette construction. C'est la raison pour laquelle, l'analyse qui suit, concentrée sur l'apport des nouveaux textes, directive et règlement délégué, ordonnance et décret, ne rappellera que pour mémoire les pièces déjà en place qui sont réinvesties dans la construction nouvelle.

I. L'appareil de distribution de l'assurance

La construction d'un appareil de distribution propre à l'assurance passe par plusieurs étapes. Il s'agit d'abord de circonscrire l'activité de distribution de l'assurance qui deviendra le champ d'application de la réglementation. Il faut ensuite identifier les acteurs auxquels sera réservée cette activité après qu'ils aient obtenu la qualification nécessaire et il faudra enfin placer l'ensemble de l'appareil de distribution de l'assurance sous le contrôle d'une autorité garante de la protection du consommateur d'assurance.

A. L'activité de distribution

Sa définition fait l'objet d'une réécriture d'abord commandée pour une raison que l'on retrouvera systématiquement au fil du texte par le passage, qui n'est pas seulement sémantique, de l'intermédiation à la distribution. Pour plus de clarté, le texte aborde distinctement ce qu'est la distribution d'assurance et ce qu'elle n'est pas.

Ce qu'elle est : « l'activité qui consiste à fournir des *recommandations*⁽⁹⁾ sur des contrats d'assurance ou de réassurance, à présenter, proposer ou aider à conclure ces contrats ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion, ou à contribuer à leur gestion et à leur exécution, notamment en cas de sinistre »⁽¹⁰⁾. Proche du texte antérieur, la définition retenue par l'ordonnance ajoute une incise qui mérite d'être notée, la fourniture de « recommandations sur des contrats d'assurance ». On voit poindre, dès la définition de l'activité du distributeur d'assurance, ce qui constituera une pièce importante de ses obligations : conseiller. Recommander c'est déjà conseiller⁽¹¹⁾.

La notion de « travaux préparatoires » est enrichie et précisée par le décret⁽¹²⁾. Elle englobe d'une part « tous travaux d'animation de réseaux de distributeurs de produits d'assurance » mais également tous travaux « d'organisation par un intermédiaire d'assurance du réseau d'intermédiaires d'assurance ou d'intermédiaires d'assurance à titre accessoire auquel il a recours ». Seront ainsi visées, au niveau des entreprises d'assurance et des intermédiaires d'assurance, les personnes salariées ou non qui animent ou organisent un réseau sans être elles-mêmes en contact direct avec les souscripteurs potentiels. Elle retient d'autre part « tous travaux d'analyse et de conseil réalisés en vue de la présentation, de la proposition ou de la conclusion d'un contrat » qui est le propre de l'activité professionnelle du distributeur d'assurance. Mais ne comprend pas « les activités consistant à fournir des informations ou des conseils à titre occasionnel dans le cadre d'une activité professionnelle autre que celle » du distributeur professionnel. Un exemple en était donné dans la directive de 2002

qui visait « les experts fiscaux ou comptables » ou « les personnes qui donnent de simples informations d'ordre général sur les produits d'assurance pour autant que cette activité n'ait pas pour objet ni d'aider le client à conclure ou à exécuter un contrat d'assurance ni la gestion »⁽¹³⁾.

Un second alinéa élargissant le champ de la définition pour embrasser la vente à distance d'assurance va nous mettre encore plus précisément sur la voie du critère de l'acte de distribution⁽¹⁴⁾. Entre également dans le champ de la définition la fourniture, par site internet interposé, d'informations sur des contrats d'assurance selon des critères choisis par le souscripteur ou l'adhérent et l'établissement d'un classement de produits d'assurance comprenant une comparaison des prix et des produits « lorsque le souscripteur ou l'adhérent peut conclure le contrat directement ou indirectement au moyen du site internet ou par d'autres moyens de communication ». La vitrine virtuelle que constitue le site internet ainsi structuré est une véritable offre de contrat à laquelle il ne manque plus que le « clic » du visiteur pour conclure⁽¹⁵⁾. Le texte englobe aussi la vente par téléphone dès lors que le protocole de l'échange téléphonique est susceptible de se terminer par la conclusion du contrat d'assurance⁽¹⁶⁾. En revanche, il laisserait hors du champ d'application de la réglementation les sites internet gérés par une administration ou une association de consommateurs « dont le but n'est pas de conclure un contrat, mais de proposer simplement une comparaison des produits d'assurance sur le marché »⁽¹⁷⁾.

La tension de l'activité déployée vers la conclusion du contrat d'assurance laissée à la volonté du souscripteur potentiel définit ainsi l'activité de distribution d'assurance.

Cette précision permet de repérer **ce qu'elle n'est pas**. Les informations données à titre occasionnel dans le cadre d'une autre activité professionnelle « lorsqu'elle ne s'accompagne pas de mesures destinées à aider à conclure ou à exécuter un contrat d'assurance » n'entrent pas dans le périmètre de l'activité réglementée. En est également exclue l'activité consistant exclusivement en la gestion, l'évaluation et le règlement des sinistres⁽¹⁸⁾. L'information sur des preneurs d'assurance potentiels en direction d'intermédiaires ou d'entreprises d'assurance et également l'information sur les produits

(13) Dir. n° 2002/92, 9 déc. 2002, cons. 12.

(14) C. assur., art. L. 511-1-I, al. 2 : « Est également considérée comme de la distribution d'assurances la fourniture d'informations sur un ou plusieurs contrats d'assurance selon des critères choisis par le souscripteur ou l'adhérent sur un site internet ou par d'autres moyens de communication et l'établissement d'un classement de produits d'assurance comprenant une comparaison des prix et des produits, ou une remise de prime, lorsque le souscripteur ou l'adhérent peut conclure le contrat directement ou indirectement au moyen du site internet ou par d'autres moyens de communication ».

(15) Les sites « comparateurs d'assurance » avaient déjà été rangés parmi les intermédiaires d'assurance selon l'avis rendu par le comité consultatif financier du 10 mai 2012, rendu à la demande du ministre de l'Économie et des finances (C. mon. fin., art. L. 614-1) au sens de l'ancien article L. 511-1 du Code des assurances.

(16) D'ores et déjà, l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution n'a pas hésité de retenir cette activité parmi les actes de distribution d'assurance, pratiquée par un courtier pour lui appliquer une lourde sanction pour manquement aux obligations d'information et de conseil liées à ces actes ; v. ACPR, déc. n° 2017-09, 26 févr. 2018.

(17) Considérant 12 de l'ordonnance n° 2018-361, 16 mai 2018, relative à la distribution d'assurances.

(18) C. assur., art. L. 511-1-II.

(9) C'est nous qui soulignons.

(10) C. assur., art. L. 511-1-I, al. 1^{er}.

(11) La directive était plus explicite, visant directement « l'activité consistant à fournir des conseils sur des contrats d'assurance » : Dir. n° 2016/97, 20 janv. 2016, art. 2-1-1).

(12) C. assur., art. R. 511-1, al. 2 ;

d'assurance ou des distributeurs à des preneurs potentiels de relève pas de la distribution d'assurance « lorsque le fournisseur ne prend pas d'autres mesures pour aider le souscripteur ou l'adhérent à conclure un contrat d'assurance ou de réassurance »⁽¹⁹⁾. Leur rôle se borne à mettre en relation l'assuré et l'assureur, ou l'assuré et l'un des intermédiaires, à indiquer l'un à l'autre. Ces « indicateurs » n'ont pas vocation à intégrer le groupe des distributeurs d'assurance, bien qu'ils conservent leur utilité pour la mise en place de l'appareil de distribution, ce qui justifie sans doute qu'ait été maintenue la possibilité d'une rétrocession au moins partielle de la commission d'apport⁽²⁰⁾. Toutes ces précisions qui caractérisent l'activité de distribution d'assurance permettent de configurer ce que devrait être l'appareil de distribution d'assurance animé par les seuls acteurs habilités par la loi.

B. Les acteurs de la distribution

La grande nouveauté est l'entrée de l'entreprise d'assurance dans le cercle des distributeurs selon la loi⁽²¹⁾. Il convient de préciser qu'auprès des entreprises d'assurance répondant à la définition de l'article L. 310-1 du Code des assurances, les mutuelles et unions de mutuelles exerçant une activité d'assurance régies par le livre II du Code de la mutualité entrent dans le champ d'application des dispositions du Code des assurances relatives aux distributeurs d'assurance, sous réserve des règles propres à ces mutuelles ou unions⁽²²⁾. Pour l'application de ces dispositions, il y a lieu d'entendre « mutuelle ou union exerçant une activité d'assurance » là où sont mentionnés dans le Code des assurances les termes « entreprise d'assurance » et « assureur »⁽²³⁾. La même assimilation à l'entreprise d'assurance pour l'application des dispositions relatives aux distributeurs d'assurance touche les institutions de prévoyance et unions⁽²⁴⁾. La première conséquence sera de soumettre les personnels affectés à la distribution par l'entreprise d'assurance aux exigences de formation et d'honorabilité⁽²⁵⁾.

Le texte décline ensuite les autres catégories de distributeurs. On devrait même dire la seule autre catégorie de distributeurs : les intermédiaires. Signifiant par là que la distribution d'assurance est réalisée par distribution directe ou par un intermédiaire qui viendra s'intercaler entre les producteurs du service d'assurance et le consommateur de ce service fournissant un service particulier. L'ambition étant de réglementer l'exercice professionnel de l'intermédiation en assurance, la rémunération continue d'être un élément de qualification légale de l'intermédiaire d'assurance. La rémunération s'entend de toute commission, tout honoraire, tout autre type de paiement ou tout avantage de toute nature, économique ou autre, proposé ou offert en lien avec des activités de distribution d'assurances⁽²⁶⁾.

Bien sûr, au premier rang des intermédiaires, on trouve l'intermédiaire d'assurance personne physique ou personne morale qui, contre rémunération, accède à l'activité de distribution d'assurance ou l'exerce pour en faire son *activité professionnelle principale*. Mais le nouveau texte accorde une place à part entière à l'intermédiaire d'assurance à *titre accessoire*, en qualité d'intermédiaire rémunéré distribuant de l'assurance.

La première condition pour le bénéfice de cette qualification, illustrant le caractère accessoire, est que la distribution d'assurance... ne constitue pas son activité principale. C'est un professionnel d'une autre profession vendeur de biens ou prestataire de services. C'est alors le contrat d'assurance qui doit apparaître comme l'accessoire – le texte dit « le complément » – du bien ou du service. Enfin ledit contrat d'assurance ne doit pas couvrir des risques liés à l'assurance vie ou de responsabilité civile à moins que cette couverture ne constitue un complément au bien ou au service fourni dans le cadre de l'activité professionnelle⁽²⁷⁾.

Le grand absent du monde des intermédiaires d'assurance à *titre accessoire* reste, avec l'ordonnance comme dans le droit antérieur, « l'établissement de crédit, l'entreprise d'investissement ou la société de financement ». La mise à l'écart du banquier prêteur de deniers a pu surprendre dans la mesure où l'assurance est bien l'accessoire indispensable de nombreux contrats emprunteurs. Elle le reste plus que jamais, mais c'est d'une part la prise de conscience du phénomène irréversible de la bancassurance et, d'autre part, le poids pris par ce service destiné autant à favoriser l'acquisition du logement qu'à constituer un patrimoine qui ont pu dissuader de voir dans l'assurance seulement l'accessoire du service bancaire. La conséquence est que ces établissements distributeurs de crédit ont dû mettre en place le service d'un véritable intermédiaire distributeur d'assurance en choisissant dans la gamme des différentes catégories d'intermédiaires habilités. Le choix s'est porté sur le statut de mandataire d'assurance ouvert aux personnes morales comme aux personnes physiques⁽²⁸⁾.

C. La liste réglementaire des intermédiaires

Le monopole de l'intermédiation en assurance ou réassurance est réservé aux catégories de personnes visées à l'article R. 511-2 qui n'a pas été retouché par l'ordonnance. Tout au plus a-t-il été précisé que cette liste est ouverte aux intermédiaires à titre principal comme aux intermédiaires à titre accessoire. Elles sont désignées par le statut sous lequel elles se placent pour distribuer les contrats d'assurance émis par l'entreprise d'assurance. Elles sont toutes astreintes au respect des obligations mentionnées au livre V du Code des assurances sous réserve des dérogations ouvertes pour certains intermédiaires à titre accessoire.

Les **courtiers d'assurance ou de réassurance** sont des personnes physiques ou sociétés immatriculées au registre du commerce pour l'activité de courtage en assurance. Ils exercent l'intermédiation « selon les modalités mentionnées au b) et c) du II de l'article L. 521-1 », c'est-à-dire en dehors de tout lien d'exclusivité contractuelle avec une ou plusieurs entreprises d'assurance.

(19) C. assur., art. L. 511-1-II, 4° et 5°.

(20) C. assur., art. R. 511-3 nouv. Ils sont dénommés « indicateurs » d'assurance.

(21) C. assur., art. L. 511-1-III : « Est un distributeur de produits d'assurance ou de réassurance tout intermédiaire d'assurance ou de réassurance, tout intermédiaire d'assurance à titre accessoire ou toute entreprise d'assurance ou de réassurance ».

(22) C. mut., art. L. 166.

(23) C. assur., art. L. 310-1.

(24) CSS, art. L. 932-53.

(25) *V. infra*.

(26) C. assur., art. R. 511-3.

(27) C. assur., art. L. 511-1-III, al. 3.

(28) Bigot J., « L'intermédiation d'assurance », in *Traité de droit des assurances*, t. 2, 2^e éd., 2009, LGDJ, n° 874.

Les **agents généraux d'assurance** viennent ensuite, ou plus précisément « les personnes physiques ou morales titulaires d'un mandat d'agent général d'assurance ». L'investiture donnée par l'entreprise d'assurance sur la base d'un traité de nomination soumis au statut des agents généraux d'assurance⁽²⁹⁾ confère la qualité d'agent général d'assurance pour exercer l'intermédiation « selon les modalités mentionnées au a) du II de l'article L. 521-1 ». Le mandat d'agent général d'assurance se singularise par l'obligation contractuelle de travailler exclusivement pour une ou plusieurs entreprises d'assurance.

Courtiers et agents généraux constituent le premier niveau d'intermédiaires d'assurance. Pour accroître le rendement de l'appareil de distribution de l'assurance, l'article R. 511-2-I 3° et 4° ouvre la catégorie des intermédiaires habilités à deux sortes de mandataires.

Les **mandataires d'assurance** (R. 511-2-I 3°) autres que les agents généraux d'assurance sont des personnes physiques non salariées ou personnes morales mandatées par une entreprise d'assurance, avec ou sans exclusivité pour distribuer ses contrats. Elles exercent l'intermédiation « selon les modalités mentionnées au b) et c) du II de l'article L. 521-1 ». Pour les distinguer des agents généraux d'assurance, également mandataires de l'entreprise d'assurance, la loi restreint l'activité qui peut leur être confiée à la présentation, la proposition ou l'aide à la conclusion de l'opération d'assurance à l'exclusion de la gestion des contrats et éventuellement l'encaissement matériel des primes ou cotisations⁽³⁰⁾. Mais le décret qui reprend ces limitations d'activité fait exception pour les « établissements de crédit définis à l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier ».

Les **mandataires d'intermédiaires d'assurance** sont des personnes physiques non salariées ou personnes morales mandatées par un courtier, un agent général ou même un mandataire d'assurance. Leur activité est également restreinte à la présentation, la proposition ou l'aide à la conclusion de l'opération d'assurance à l'exclusion de la gestion des contrats.

Restent encore les **salariés** personnes physiques commises à l'intermédiation soit par une entreprise d'assurance, soit par un intermédiaire, courtier, agent général, mandataire d'assurance ou mandataire d'intermédiaire d'assurance.

Enfin, témoignant de l'ouverture au marché unique de l'assurance, pourront exercer en France l'intermédiation en assurance, les **intermédiaires enregistrés dans un autre État membre de l'Union européenne** ou d'un autre État partie à l'accord sur l'espace économique européen pour l'exercice de l'intermédiation en assurance sous réserve du respect des dispositions sur la libre prestation de service ou la liberté d'établissement.

D. Les qualités requises des distributeurs de produits d'assurance

L'ordonnance met en exergue des « exigences personnelles » pour tous ceux qui, à un titre ou à un autre, pratiquant l'activité de distribution d'assurance au sens de l'article L. 511-1 du Code des assurances, sont au contact des clients potentiels et des « exigences organisationnelles » à la charge des distributeurs d'assurance, entreprises d'assurance ou intermédiaires d'assurance, pour en garantir le

respect, sous la surveillance de l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)⁽³¹⁾.

1. Exigences personnelles

Les « **exigences personnelles** » portent sur les « connaissances et aptitudes appropriées » des personnes chargées de la distribution et sur leur « honorabilité ».

L'acquisition des connaissances et aptitudes appropriées passe par la formation professionnelle dont les conditions sont détaillées dans la partie réglementaire, selon la place occupée dans l'appareil de distribution, sans que ses dispositions aient été modifiées lors de la transposition, excepté pour y tenir compte d'une nouveauté inscrite dans l'ordonnance, le caractère continu de l'obligation de formation et de développement professionnel⁽³²⁾. Le décret détaille avec un soin particulier pour répondre à l'ambition affichée par la directive, les modalités de cette formation continue.

La durée consacrée à la formation ou au développement professionnels continus mentionnés au II de l'article L. 511-2 ne peut être inférieure à 15 heures par an⁽³³⁾. Ils peuvent être assurés par un organisme de formation, une entreprise d'assurance ou de réassurance, un intermédiaire d'assurance ou de réassurance, un établissement de crédit ou une société de financement. Ils doivent permettre d'actualiser régulièrement les compétences nécessaires à l'exercice des fonctions occupées. C'est un arrêté à venir du ministre chargé de l'Économie qui déterminera la liste des compétences susmentionnées, en fonction de la nature des produits distribués, des modes de distribution et des fonctions exercées, ainsi que le contenu et les caractéristiques des actions de formation ou de développement professionnel continues correspondantes. Pour donner toutes ses chances à l'effectivité de cette nouveauté, les entreprises d'assurance et de réassurance et les intermédiaires d'assurance doivent être en mesure de produire, d'une part, pour eux-mêmes et pour tout membre de leur personnel concerné, la liste des formations suivies au titre du présent article, y compris lorsqu'elles ont été réalisées en application d'autres obligations réglementaires. Pour chacune de ces formations, le nom de l'entité ayant délivré la formation, la date, la durée et les modalités de celle-ci ainsi que les thèmes traités sont mentionnés. En l'absence de sanction directe de cette obligation, on peut espérer que l'ACPR pourra en tenir compte dans le cadre de la surveillance générale qu'elle est en droit d'exercer sur les entreprises d'assurance et les intermédiaires d'assurance⁽³⁴⁾.

La condition d'honorabilité est alignée sur celle qui est requise des dirigeants, gérants ou administrateurs d'une entreprise d'assurance, par renvoi de l'article L. 511-3 à l'article L. 322-2 du Code des assurances. Il s'agit essentiellement d'écarter les auteurs d'infractions pénales graves liées soit à une atteinte aux biens, soit à d'autres faits punissables portant sur des activités financières. L'honorabilité est déduite de l'absence de condamnation depuis moins de 10 ans pour crime, quelle que soit la peine prononcée ou pour une liste de délits sanctionnés d'une peine d'emprisonnement ferme ou d'au moins

(29) Statut approuvé par le décret n° 96-902 du 15 octobre 1996.

(30) C. assur., art. L. 550.

(31) V. ACPR, déc. 14 avr. 2016, <https://acpr.banque-france.fr>. Pour une procédure disciplinaire à l'encontre d'un intermédiaire ne respectant pas ses obligations de formation de ses salariés en vue de disposer de la capacité professionnelle requise par la loi.

(32) C. assur., art. R. 512-8 à R. 512-13.

(33) C. assur., art. R. 512-13-1. Obligatoire à partir de février 2019.

(34) C. mon. fin., art. L. 612-2-II.

6 mois avec sursis. L'honorabilité est exigée de toutes les personnes intermédiaires d'assurance ou personnes physiques qui travaillent pour une entreprise d'assurance ou un intermédiaire d'assurance et qui sont responsables de l'activité de distribution d'assurance, ainsi que le personnel qui prend directement part à cette activité. Seront ainsi concernées, au niveau des entreprises d'assurance et des intermédiaires d'assurance, les personnes salariées ou non qui animent ou organisent un réseau sans être eux-mêmes en contact direct avec les souscripteurs potentiels. Les personnes qui sont responsables de la distribution d'assurances à titre accessoire sont également soumises à cette exigence d'honorabilité⁽³⁵⁾.

L'ordonnance ne revient pas sur les garanties patrimoniales exigées de tout intermédiaire d'assurance depuis la transposition de la directive de 2002 pour couvrir le consommateur d'assurance du risque de défaillance de l'assurance du fait du distributeur. L'assurance de responsabilité est exigée ou une garantie équivalente par l'effet de l'article L. 511-1 qui rend l'entreprise d'assurance employeur ou mandante responsable des dommages causés par la faute l'imprudence ou la négligence de ses employés ou mandataires agissant en cette qualité. La souscription d'une garantie financière entend protéger le consommateur d'un autre risque, le risque de non représentation des fonds confiés à l'intermédiaire. Elle est obligatoire pour l'intermédiaire qui n'a pas reçu de l'entreprise d'assurance un mandat écrit le chargeant de l'encaissement des fonds. Dans le principe, elle concernera parmi les intermédiaires de premier rang, les courtiers d'assurance, les mandataires d'assurance et les mandataires d'intermédiaires qui n'auraient pas reçu de l'entreprise d'assurance ou de leur mandant, un mandat écrit les chargeant expressément de l'encaissement des primes ou du paiement des indemnités de sinistre.

2. Exigences organisationnelles

Les « **exigences organisationnelles** » sont un élément novateur important qui révèle assez bien la volonté de dépasser l'approche réglementaire s'appuyant sur des obligations personnelles armées de sanctions pesant directement mais exclusivement sur l'intermédiaire d'assurance, pour faire advenir un appareil de distribution de l'assurance qui fasse système.

Ce sont en premier lieu les entreprises d'assurance qui sont mises à contribution « pour garantir le respect des exigences » de connaissances et d'aptitudes professionnelles, en formation initiale et continue, « pour garantir le respect des exigences » d'honorabilité de leur personnel exerçant une activité de distribution d'assurances. À cette fin, les entreprises d'assurance « approuvent, mettent en œuvre et actualisent régulièrement leurs politiques internes et leurs procédures internes appropriées »⁽³⁶⁾. Elles désignent en leur sein et font connaître à l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution une personne responsable chargée d'assurer la bonne mise en œuvre des politiques et procédures approuvées. Nul doute que l'ACPR pourra par ce vecteur faire connaître ce qui lui apparaîtra au fil de l'expérience comme les bonnes pratiques à suivre par les entreprises d'assurance pour faire coïncider la pratique avec les vœux de la loi⁽³⁷⁾.

(35) C. assur., art. L. 511-3, al. 2.

(36) C. assur., art. L. 511-4.

(37) ACPR, 12 sept. 2018, La capacité professionnelle des intermédiaires d'assurance, <https://acpr.banque-france.fr>.

Concernant les intermédiaires d'assurance, ce sont eux qui attestent personnellement du respect des exigences applicables en matière de connaissances et d'aptitude professionnelles⁽³⁸⁾. Mais ils devront en rendre compte au moment de l'immatriculation. Dans le cadre de l'immatriculation, l'ORIAS « échange de manière continue avec l'ACPR (...) des informations pertinentes portant sur l'honorabilité et les connaissances des intermédiaires d'assurance et des intermédiaires d'assurance à titre accessoire »⁽³⁹⁾. Ici également, l'ACPR pourra faire entendre sa doctrine sur la bonne application des principes et des règles.

Les « exigences organisationnelles » sont portées plus loin, en particulier pour une catégorie de produits d'assurance adossés à des produits d'investissement. Partant de la considération que « les produits d'investissement fondés sur l'assurance sont souvent proposés aux clients comme des alternatives ou des substituts possibles aux produits d'investissement relevant de la directive 2014/65 », concernant les marchés d'instruments financiers, la directive distribution d'assurance soucieuse de « garantir une protection harmonisée des investisseurs et d'éviter le risque d'arbitrage réglementaire », a choisi de soumettre ces produits d'investissement fondés sur l'assurance « non seulement aux normes de conduite professionnelles définies pour tous les produits d'assurance, mais encore à des normes spécifiques applicables à l'élément d'investissement que comprennent ces produits »⁽⁴⁰⁾.

Ces normes détaillées dans le règlement délégué d'application directe, et donc uniformes à l'échelle du marché européen, relèvent des exigences organisationnelles dans la mesure où elles obligent les distributeurs d'assurances, entreprises d'assurance et intermédiaires d'assurance en application de l'article 27 de la directive, à « mettre en œuvre une politique efficace en matière de conflits d'intérêts qui soit consignée par écrit et adaptée à leur taille et à leur organisation ainsi qu'à la nature, à l'échelle et à la complexité de leurs activités »⁽⁴¹⁾. Il s'agit de préciser les circonstances qui donnent lieu ou peuvent donner lieu à un conflit d'intérêts risquant de porter atteinte aux intérêts d'un ou plusieurs clients, ainsi que les procédures à suivre et les mesures à prendre en vue de gérer de tels conflits afin de les empêcher de nuire aux intérêts du client. Elles sont directement inspirées du dispositif mis en place pour les conseillers en investissements financiers⁽⁴²⁾.

La première tâche est de mettre en place les instruments de la **détection des types de conflits d'intérêts** survenant dans le cadre de la distribution de produit d'assurance liée à des produits d'investissement qui comporte le risque de porter atteinte aux intérêts d'un client⁽⁴³⁾. C'est au distributeur, entreprise ou intermédiaire

(38) C. assur., art. L. 511-2, al. 2.

(39) C. assur., art. L. 511-5, al. 1^{er}.

(40) Dir. n° 2016/97, 20 janv. 2016, cons. 56.

(41) Règlement délégué (UE) n° 2017/2359, 21 sept. 2017, art. 4-1 ; rapprocher : C. assur., art. L. 522-1.

(42) V. C. mon. fin., art. L. 541-8 : « Les conseillers en investissement financiers (...) 3° Maintiennent et appliquent des dispositions organisationnelles et administratives efficaces, en vue de prendre toutes les mesures raisonnables destinées à empêcher les conflits d'intérêts de porter atteinte aux intérêts de leurs clients ».

(43) La plupart des dispositions qui ont trouvé place dans le règlement délégué ou directement dans le Code des assurances sont repris des dispositions déjà inscrites dans le Code monétaire et financier à l'intention des prestataires de service ou conseillers de produits d'investissements financiers.

d'assurance, d'évaluer si le distributeur ou toute personne qui lui est liée, ont un intérêt au résultat des opérations de distribution distinct de l'intérêt du client potentiel susceptible de potentiellement influencer le résultat des activités de distribution au détriment du client⁽⁴⁴⁾. Pour évaluer le risque, les distributeurs prennent en compte la possibilité de réaliser un gain financier ou d'éviter une perte au détriment du client potentiel, l'incitation financière à privilégier l'intérêt d'un autre client ou groupe de clients par rapport à un client déterminé, la forte implication du distributeur dans la gestion ou le développement du produit d'investissement.

La deuxième tâche est de mettre en place des **procédures de traitement des conflits d'intérêts** potentiels repérés, appropriées au regard de la taille et des activités des distributeurs et en rapport avec le risque d'atteinte aux intérêts du client potentiel⁽⁴⁵⁾. Le règlement délégué donne des exemples non exhaustifs de mesures à introduire dans une politique de gestion des conflits d'intérêts. Il peut s'agir de procédures efficaces en vue de prévenir ou de contrôler les échanges d'informations entre personnes concernées qui exercent des activités comportant un risque de conflit d'intérêts lorsque l'échange de ces informations peut léser les intérêts d'un ou de plusieurs clients ; d'une surveillance séparée des personnes concernées qui, dans le cadre de leurs principales fonctions, exercent des activités pour le compte de clients ou leur fournissent des services, lorsque les intérêts de ces clients peuvent entrer en conflit, ou lorsque ces clients représentent des intérêts différents, y compris ceux de l'intermédiaire d'assurance ou de l'entreprise d'assurance, pouvant entrer en conflit ; de la suppression de tout lien direct entre les paiements, y compris la rémunération, versés aux personnes concernées exerçant une activité donnée et les paiements, y compris la rémunération, versés à d'autres personnes concernées exerçant principalement une autre activité, lorsqu'un conflit d'intérêts est susceptible de se produire en relation avec ces activités ; de mesures visant à prévenir ou à limiter l'exercice par toute personne d'une influence inappropriée sur la façon dont les activités de distribution d'assurances sont exercées par l'intermédiaire d'assurance ou l'entreprise d'assurance ou par leurs dirigeants ou leurs salariés ou toute personne qui leur est directement ou indirectement liée par une relation de contrôle ; de mesures visant à prévenir ou à contrôler la participation simultanée ou consécutive d'une personne concernée à des activités distinctes de distribution d'assurances, lorsqu'une telle participation est susceptible de nuire à la bonne gestion des conflits d'intérêts⁽⁴⁶⁾.

La politique en matière de prévention et gestion des conflits d'intérêts, *consignées par écrit*, est évaluée et réexaminée au moins annuellement en vue de corriger d'éventuelles défaillances. Les entreprises d'assurance et les intermédiaires d'assurances tiennent et actualisent un registre des situations dans lesquelles un conflit d'intérêts menaçant les intérêts d'un client est apparu ou risque d'apparaître dans une activité en cours⁽⁴⁷⁾. L'écrit où est consignée

la politique en matière de conflits d'intérêts potentiel et le registre actualisant régulièrement les situations de conflits d'intérêts constituent les « dispositifs organisationnels et administratifs » censés être efficaces pour prévenir et gérer les conflits d'intérêts conformément à l'article 27 de la directive⁽⁴⁸⁾. Ils seront la référence indispensable à consulter par la personne qui, au nom de l'entreprise d'assurance ou de l'intermédiaire, entrera au contact du client potentiel pour accomplir l'acte de distribution d'une assurance⁽⁴⁹⁾.

Enfin, une attention particulière est portée aux **incitations et régime d'incitation à la vente des produits d'assurance**. La rémunération de l'intermédiaire d'assurance ou de l'intermédiaire d'assurance à titre accessoire, quelle que soit la catégorie, provient de l'entreprise d'assurance. C'est tout naturel lorsque l'intermédiaire est mandataire de l'assureur. Cela le reste lorsqu'il agit en tant que courtier choisi par le preneur. Dans tous les cas, il rend un service au preneur d'assurance, mais il rend un grand service à l'entreprise d'assurance à laquelle il apporte une affaire qui va générer des primes d'assurance qu'elle espère récurrentes. La rémunération qu'elle doit à l'intermédiaire est essentiellement sous forme de commissions déterminées par un taux appliqué au montant des primes générées par les contrats d'assurance apportés par lui. Elle est éventuellement complétée par un intéressement, notamment pour les agents généraux⁽⁵⁰⁾. Elle est vécue par l'entreprise comme une charge dans l'acquisition des contrats d'assurance. Une charge qui ajoutée à la prime pure – produit de la fréquence des sinistres par leur coût moyen – participe de la prime commerciale payée *in fine* par l'assuré. Le risque que l'entreprise d'assurance, soucieuse de stimuler l'activité commerciale de ses intermédiaires, adopte un système de rémunération qui incite l'intermédiaire à préférer la maximisation de sa rémunération en proposant au souscripteur éventuel un contrat rémunérateur pour lui au détriment du service loyal de celui-ci par un produit d'assurance mieux adapté à ses besoins, mais moins rémunérateur, a conduit la directive et dans son prolongement l'ordonnance à poser un interdit : la rémunération du distributeur ou de son personnel ne peut reposer sur une évaluation des performances qui « contrevienne à leur obligation d'agir au mieux des intérêts du souscripteur ou de l'adhérent ». Plus particulièrement « un distributeur de produits d'assurance ne prend aucune disposition sous forme de rémunération d'objectifs de vente ou autre qui pourrait l'encourager ou encourager son personnel à recommander un produit d'assurance particulier à un souscripteur éventuel alors que ce distributeur pourrait proposer un autre produit d'assurance correspondant mieux aux exigences et aux besoins du souscripteur ou adhérent éventuel »⁽⁵¹⁾. Cette directive devra être entendue par les entreprises d'assurance au moment de la négociation des accords d'entreprise avec les agents généraux d'assurance, mais également au moment de fixer les conditions des accords de distribution avec des courtiers ou des mandataires d'assurance. L'obligation de ne pas faire est le corollaire d'une obligation de faire

(44) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 3-1.

(45) Considérant 4 : « Afin d'éviter des charges administratives inutiles tout en garantissant un niveau adéquat de protection des consommateurs, les mesures et procédures organisationnelles de gestion des conflits d'intérêts devraient être soigneusement adaptées à la taille et aux activités de l'intermédiaire d'assurance ou de l'entreprise d'assurance et du groupe auquel ils peuvent appartenir, ainsi qu'au risque d'atteinte aux intérêts du client. »

(46) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 5.

(47) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 7.

(48) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 6, al. 1^{er}.

(49) V. 2^e partie de cet article.

(50) Statut des agents généraux d'assurance, convention FFSA-FNSAGA du 16 avril 1996, point II, D 3 : « la rémunération globale de l'agent général peut comprendre, outre les différents types de commissions usuels, un système intéressement fondé notamment sur le développement, les résultats techniques et la qualité de gestion de l'agence, ainsi que tout autre système fixé au niveau des accords d'entreprise ».

(51) C. assur., art. L. 521-1-III.

qui est le fil directeur de la conduite du distributeur d'assurance : avoir une attention constante à l'intérêt du futur assuré.

La vigilance attendue des entreprises d'assurance et des intermédiaires d'assurance est encore plus grande s'agissant de la distribution des produits d'assurance adossés à un produit d'investissement⁽⁵²⁾. Pour le règlement délégué, « une incitation ou un régime d'incitation sont considérés comme ayant un effet négatif sur la qualité du service fourni au client lorsqu'ils sont d'une nature et d'une ampleur telles qu'ils incitent à réaliser les activités de distribution d'assurances d'une façon qui n'est pas conforme à l'obligation d'agir de manière honnête, équitable et professionnelle qui serve au mieux les intérêts du client »⁽⁵³⁾. C'est au distributeur, à l'entreprise d'assurance et à l'intermédiaire d'assurance d'évaluer si une incitation ou un régime d'incitation est susceptible d'avoir un effet négatif sur la qualité des services fournis aux clients. Vaste programme !

Le règlement délégué suggère la méthode : réaliser « une analyse globale en tenant compte de tous les facteurs qui peuvent accroître ou réduire le risque d'effet négatif sur la qualité du service fourni au client et, le cas échéant, des mesures organisationnelles que l'intermédiaire d'assurance ou l'entreprise exerçant des activités de distribution d'assurances a prises pour prévenir le risque d'effet négatif »⁽⁵⁴⁾. Pour cette évaluation on tiendra compte notamment de l'impact prévisible de l'incitation ou du régime d'incitation. Aura-t-il pour effet de recommander un produit d'assurance particulier alors qu'un autre produit correspondrait mieux aux besoins du client ? Est-il essentiellement fondé sur des critères commerciaux quantitatifs ou prend-il en compte des critères qualitatifs pour le client ? La valeur de l'incitation par rapport à la valeur du produit ou du service fourni... ?

E. La qualification des distributeurs d'assurance : l'immatriculation

La qualification du distributeur d'assurance passe obligatoirement par son immatriculation sur le registre tenu par l'ORIAS⁽⁵⁵⁾ sous une ou plusieurs des quatre catégories de la liste réglementaire des intermédiaires habilités : courtier, agent général d'assurance, mandataire d'assurance ou mandataire d'intermédiaire d'assurance⁽⁵⁶⁾. Ce passage obligé par la procédure d'immatriculation reste l'instrument de contrôle de la conformité du candidat aux qualités requises pour l'exercice de l'activité d'intermédiaire en assurance sur le territoire national. Mais il faut immédiatement noter que deux catégories de distributeurs ne sont pas soumises à l'immatriculation.

L'entreprise d'assurance, bien que distributeur d'assurance, n'est pas astreinte à l'immatriculation. Il n'y a là rien de surprenant. Le contrôle des qualités de l'entreprise d'assurance en tant que « producteur »

de contrat d'assurance est organisé à une autre place du contrôle de l'État. Cela ne fait pas obstacle à la soumission de l'entreprise d'assurance et de son personnel à des « exigences personnelles », compétence et honorabilité et à des obligations qui soient de nature à garantir aux consommateurs la même qualité de service attendue de l'intermédiaire d'assurance⁽⁵⁷⁾.

L'immatriculation est réservée aux intermédiaires, à tous les intermédiaires d'assurance à titre principal et à titre accessoire⁽⁵⁸⁾. Toutefois, pour cette dernière catégorie, la directive laissait une possibilité qui a été exploitée par l'ordonnance de dispenser certains intermédiaires à titre accessoire pour les petits contrats. Par dérogation, l'immatriculation et l'ensemble des obligations mentionnées au livre V ne s'applique pas aux intermédiaires d'assurance à titre accessoire lorsque deux conditions cumulatives sont réunies. Le contrat d'assurance doit constituer un complément au bien ou service fourni par un fournisseur et couvrir, soit le risque de mauvais fonctionnement, de perte, y compris de vol ou d'endommagement du bien ou de non-utilisation du service, soit l'endommagement ou la perte de bagages y compris le vol et les autres risques liés à un voyage. Le montant de la prime du contrat d'assurance calculé sur l'année ne doit pas dépasser 600 €. Si l'assurance est un complément d'un service dont la durée est inférieure à 3 mois, le montant de la prime par personne ne dépasse pas 200 €⁽⁵⁹⁾.

Dans cette grille abstraite trouvent place ces « petits contrats de la vie courante » qui permettent au vendeur ou au loueur de choses de proposer ce service assurantiel complémentaire pour lequel il sera rémunéré, sans pour autant devoir supporter toutes les obligations mises à la charge des intermédiaires d'assurance à titre principal. La cible privilégiée sera celle des vendeurs ou loueurs d'automobiles, des agences de locations saisonnières ou des agences de voyages, des transporteurs et commissionnaires de transports de marchandise, par voie terrestre, aérienne, fluviale ou maritime...

L'allégement réglementaire dont bénéficient ainsi certains intermédiaires à titre accessoire ne doit toutefois pas se payer du sacrifice des protections voulues pour le consommateur. C'est l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire d'assurance qui exerce l'activité via l'intermédiaire d'assurance à titre accessoire qui sera chargé du devoir d'information et de conseil dans des conditions appropriées et proportionnées. Ils devront également tenir informé le souscripteur éventuel ou adhérent éventuel de la possibilité d'acheter, séparément de l'assurance, le bien ou le service fourni par le fournisseur⁽⁶⁰⁾.

Quant à la procédure d'immatriculation elle-même, l'ordonnance et le décret n'apportent pas de modifications notoires aux textes en vigueur. On y trouve des ajustements de vocabulaire pour tenir compte du passage de « l'intermédiation » à la « distribution » ou de l'adjonction de « l'intermédiaire à titre provisoire » à « l'intermédiaire ».

(52) Sont concernés : les contrats d'assurance vie individuel comportant des valeurs de rachat, les contrats de capitalisation ou l'adhésion aux contrats mentionnés aux articles L. 132-5-3 ou L. 441-1.

(53) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 8-1.

(54) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 8-2.

(55) Organisme pour le registre unique des intermédiaires en assurance, banque et finance. La loi de régulation bancaire et financière n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 a étendu le périmètre de la mission de l'ORIAS à l'enregistrement des intermédiaires en assurance, des intermédiaires en opérations de banque et en services de paiement, des conseillers en investissements financiers et des agents liés des prestataires de services d'investissement.

(56) C. assur., art. R. 512-1 et C. assur., art. R. 511-2.

(57) C. assur., art. L. 511-2-III, al. 1^{er} et C. assur., art. L. 511-3, al. 1^{er}.

(58) C. assur., art. L. 512-1 et C. assur., art. R. 512-1.

(59) C. assur., art. L. 513-1. Des dispositions semblables se trouvaient antérieurement dans la partie réglementaire du code à l'article R. 513-1. Le nouveau décret a modifié et maintenu l'intitulé du chapitre III, « Dérogations aux principes généraux pour les intermédiaires d'assurance à titre accessoire » sans reprendre le libellé du texte. On doit comprendre que le contenu du texte modifié a été promu dans la partie législative en un chapitre III, « Dérogations aux principes généraux pour les intermédiaires d'assurance à titre accessoire » laissé jusqu'alors vide.

(60) C. assur., art. L. 513-2.

L'inscription sur la liste est demandée par l'intermédiaire pour la ou les catégories au titre de laquelle ou desquelles il entend exercer. Le numéro d'immatriculation sera unique, mais l'intermédiation pourra être exercée sous diverses formes, s'il obtient son inscription. Pour les mandataires, la démarche peut être faite par la personne qui a délivré le mandat⁽⁶¹⁾. Elle y a intérêt dans la mesure où la loi impose aux mandants de s'assurer que leurs mandataires sont immatriculés⁽⁶²⁾ sous la menace d'une sanction pénale couvrant toutes les règles d'accès et d'exercice de la profession d'intermédiaire en assurance⁽⁶³⁾.

Le dossier d'immatriculation doit comporter une liste d'informations accompagnées de leurs justificatifs faisant état des conditions de qualification. La liste en est fixée à l'article A. 512-1 du Code des assurances, telle qu'elle a été modifiée par l'arrêté du 28 juin 2018⁽⁶⁴⁾. La commission chargée des immatriculations doit vérifier que le candidat respecte les conditions requises pour l'exercice de l'activité d'intermédiation en assurance dans la ou les catégories demandées. L'immatriculation et l'inscription sont effectuées « dans un délai maximum de deux mois »⁽⁶⁵⁾ à compter de la date de réception d'un dossier complet. C'est le délai dans lequel l'ORIAS devrait prendre sa décision, sans que l'on puisse considérer que l'écoulement du délai de 2 mois puisse valoir autorisation tacite de l'exercice de la profession. Il faut à l'intermédiaire une immatriculation et une inscription effective. Le refus d'inscription est notifié par lettre recommandée dans les 2 mois lorsqu'il ressort de l'examen du dossier que la demande d'inscription ne satisfait pas aux conditions légales et réglementaires.

Les refus d'inscription jusqu'alors constatés étaient nourris par le non-respect des conditions légales ou réglementaires posées pour satisfaire la compétence professionnelle et l'honorabilité. On sera plus étonné d'une innovation introduite par l'ordonnance à l'article L. 512-2, alinéa 3 dans des termes identiques à ceux de la directive⁽⁶⁶⁾..., ce qui ne permet pas de dissiper son caractère quelque peu énigmatique : l'ORIAS refuse l'immatriculation à un intermédiaire « si les dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un pays tiers applicables à une ou à plusieurs personnes physiques ou morales avec lesquelles l'intermédiaire a des liens étroits au sens du 9° de l'article L. 310-3, ou des difficultés liées à la mise en œuvre de ces dispositions législatives, réglementaires et administratives, entravent le bon exercice de leur mission de contrôle ». La situation visée semble celle où la demande d'inscription est faite par une personne qui se trouve être sous le contrôle de personnes physiques ou morales placées sous les dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un pays tiers. Si l'application de ces dispositions ou des difficultés liées à leur mise en œuvre est de nature à entraver le bon exercice de la mission du candidat à l'inscription, l'ORIAS serait en droit de refuser l'inscription. Faut-il voir ici le soupçon de prête-nom pour échapper à des interdictions d'exercice qui frapperait la personne placée sous la législation d'un pays tiers ? On pense plus particulièrement à la condition d'honorabilité qui bien que remplie par le demandeur à l'inscription, ne le serait pas par ce tiers personnage

tenant dans des liens étroits le candidat à l'inscription. Les travaux préparatoires à la directive ne permettent pas d'en savoir davantage.

Quelles qu'elles soient, les décisions de l'ORIAS sont susceptibles de recours. L'organisation et le contrôle de l'accès et de l'exercice de la profession d'intermédiaire en assurance confiée par la loi à l'ORIAS constituent un service public. Selon la jurisprudence constante du Conseil d'État, les décisions de l'ORIAS ont le caractère des actes administratifs dans toute la mesure où elles participent à l'exécution du service public⁽⁶⁷⁾. Les règles nouvelles n'apportent pas de changement sur ce point.

L'ORIAS a pour mission non seulement de mettre en place le registre d'immatriculation de tous les intermédiaires d'assurance en veillant à sa mise à jour permanente⁽⁶⁸⁾, mais également d'assurer la diffusion au public des informations détaillées⁽⁶⁹⁾. Il s'en acquitte par la tenue d'un moteur de recherche sur son site⁽⁷⁰⁾ par lequel tout souscripteur potentiel pourra vérifier, à partir du nom de l'intermédiaire, l'état de son inscription ou de sa radiation.

F. Le rayonnement de l'immatriculation

L'intention portée par la directive est inscrite dans les considérants qui la précèdent⁽⁷¹⁾. Les intermédiaires d'assurance et de réassurance et les intermédiaires à titre accessoire devraient pouvoir se prévaloir de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services (LPS) qui sont consacrées par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En conséquence, l'immatriculation auprès de leur État membre d'origine devrait permettre aux intermédiaires d'assurance et de réassurance et les intermédiaires à titre accessoire d'opérer dans les autres États membres conformément aux principes de libre établissement et de libre prestation de services, à condition que les procédures de notification appropriées aient été suivies entre les autorités européennes⁽⁷²⁾.

Certes, l'intermédiation en assurance était déjà ouverte sur la base des textes généraux à la libre prestation de services et au libre établissement et le Code des assurances en avait pris acte pour déjà prévoir le rayonnement de l'immatriculation prise en France ou la réception en France de l'immatriculation prise dans un autre État membre⁽⁷³⁾. Mais les dispositions issues de l'ordonnance lui donnent un nouvel élan dans la mesure où confiance est *a priori* donnée à la vérification des conditions d'accès – exigences personnelles et organisationnelles – par l'obtention de l'immatriculation. Seul l'exercice effectif des activités en libre prestation de service ou liberté d'établissement, c'est-à-dire l'usage qui est fait de la liberté, est placé sous la surveillance des autorités de contrôle pour que les dérives qui seraient préjudiciables aux consommateurs soient jugulées⁽⁷⁴⁾.

(67) CE, 2 avr. 1943 : Lebon, p. 86 ; D. 1944, p. 52, concl. Lagrange M.

(68) C. assur., art. R. 512-3.

(69) C. assur., art. A. 512-3.

(70) <https://www.orias.fr>.

(71) Dir. n° 2016/97, 20 janv. 2016, cons. 19 : « L'incapacité des intermédiaires d'assurance d'opérer librement dans l'ensemble de l'Union entrave le bon fonctionnement du marché intérieur de l'assurance. La présente directive constitue un pas important vers un niveau accru de protection des consommateurs et d'intégration du marché. »

(72) Dir. n° 2016/97, 20 janv. 2016, cons. 20.

(73) C. assur., art. L. 515-1 anc. ; L. n° 2005-1564, 15 déc. 2005.

(74) V. *infra*.

(61) C. assur., art. R. 512-4.

(62) C. assur., art. L. 512-2.

(63) C. assur., art. L. 514-1.

(64) JORF n° 0149, 30 juin 2018, texte n° 55.

(65) C. assur., art. R. 512-5-I.

(66) Dir. n° 2016/97, 20 janv. 2016, art. 3, al. 7.

Pour l'accès à la **libre prestation de service** sur le territoire d'un autre État membre, il suffit à l'intermédiaire immatriculé en France de transmettre à l'ORIAS une série d'informations portant sur ses nom, adresse et numéro d'immatriculation, en désignant le ou les États membres dans lesquels il envisage d'exercer son activité, en précisant la catégorie d'intermédiaire sous laquelle il entend exercer, éventuellement le nom de l'entreprise représentée et les branches d'assurance concernées⁽⁷⁵⁾. C'est l'ORIAS qui est chargée de communiquer ces informations dans le délai d'un mois à son homologue de l'État membre d'accueil qui lui en « accuse réception sans tarder »⁽⁷⁶⁾. L'ORIAS peut alors informer par écrit l'intermédiaire qu'il peut commencer « sans attendre » l'exercice de son activité pour les branches et dans la catégorie demandées. Il lui indique le cas échéant « au même moment » les informations concernant les dispositions d'intérêt général applicables à l'activité envisagée dans l'État membre d'accueil publiées par les autorités de cet État et le devoir de respecter ces dispositions avant de commencer à y exercer ses activités. Il s'agit de dispositions applicables au niveau national qui sont applicables à l'exercice des activités de distribution d'assurances sur leur territoire. Tout changement ultérieur de l'un des éléments d'information communiqués initialement est, un mois avant de l'appliquer, porté par écrit à la connaissance de l'ORIAS qui en informe son homologue. On voit que ce qui a guidé le législateur européen suivi par le législateur national est de ne pas mettre de frein au plein exercice de la liberté de prestation de service à l'échelle du marché unique de l'assurance.

Pour l'exercice de la **liberté d'établissement**, l'ouverture d'une succursale ou la présence permanente sur un autre État membre obéit à un processus semblable⁽⁷⁷⁾. La seule différence consiste dans le pouvoir accordé à l'ORIAS de refuser de transmettre les informations contenues dans la demande de l'intermédiaire français s'il a des « raisons de douter de l'adéquation de la structure opérationnelle ou de la situation financière de l'intermédiaire pour les activités de distribution envisagées ». Il doit alors lui communiquer les motifs de ce refus. Si après échanges permettant de dissiper ces doutes le refus persistait, s'agissant d'un acte administratif faisant grief, la décision serait susceptible d'un recours.

Bien évidemment, par un effet miroir, les textes prévoient que pour les intermédiaires d'assurance immatriculés dans un autre État membre, l'ORIAS tient le rôle de l'État d'accueil pour l'exercice en France de la libre prestation de service ou l'établissement d'une succursale et dans le mois suivant la réception des informations venus de l'autorité compétente de l'État d'origine il lui communique les dispositions d'intérêt général applicables en France.

G. Le contrôle de l'appareil de distribution

Il n'est pas utile ici de revenir sur ce contrôle initial que réalise l'ORIAS pour l'accès à la profession d'intermédiaire d'assurance. L'ORIAS est le pivot central garant de la qualification des intermédiaires d'assurance habilités à la distribution de l'assurance. En revanche, il s'agit de veiller à ce que l'exercice de la distribution par les intermédiaires d'assurance passe nécessairement par une personne inscrite effectivement sur le registre et que son inscription obtenue ne soit pas

susceptible de suspicion en raison de l'exercice qu'elle a pu faire de ce droit de distribuer des produits d'assurance.

En amont, le contrôle incombe d'abord à l'entreprise d'assurance recourant aux intermédiaires. Toutes les entreprises soumises au contrôle de l'ACPR, mais également les entreprises d'assurance autorisées à pratiquer l'assurance directe en France⁽⁷⁸⁾, ainsi que les entreprises de réassurance, qui recourent aux services d'intermédiaires, doivent s'assurer que ceux-ci sont immatriculés conformément aux dispositions de l'article L. 512-1⁽⁷⁹⁾. Si l'entreprise d'assurance recourt à des intermédiaires ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen autre que la France et exerçant sur le territoire français en régime de libre prestation de services ou de libre établissement, elle doit s'assurer auprès de l'ORIAS que ceux-ci sont immatriculés conformément au droit de leur pays d'origine. L'ORIAS a été nécessairement destinataire de cette information communiquée par l'autorité de l'État membre d'origine⁽⁸⁰⁾. L'obligation de contrôle pesant sur l'entreprise d'assurance est placée dans le champ d'application de l'article L. 514-1 relatif aux sanctions pénales des « infractions aux conditions d'accès et d'exercice » de la distribution d'assurance.

En aval, c'est la légitimité de l'inscription sur le registre qui est sous la surveillance de l'organisme placé en surplomb de tout le commerce de l'assurance, entreprise « productrice » des contrats et intermédiaires chargés de leur distribution. L'autorité de contrôle prudentiel et de résolution exerce sa mission dans les conditions prévues par le Code monétaire et financier⁽⁸¹⁾. Dans le secteur de l'assurance, elle exerce son contrôle sur toutes les entreprises d'assurance, mutuelles et unions mutualistes et « peut soumettre » à son contrôle « toute personne ayant reçu d'un organisme pratiquant des opérations d'assurance un mandat de souscription ou de gestion ou souscrivant à un contrat d'assurance de groupe, ou exerçant, à quelque titre que ce soit, une activité d'intermédiation en assurance ou en réassurance mentionnée à l'article L. 511-1 du Code des assurances »⁽⁸²⁾. Elle prolonge son pouvoir de contrôle d'un pouvoir de sanctions administratives et disciplinaires⁽⁸³⁾.

L'ordonnance est venue renforcer et étendre la coopération entre l'organisme chargé du registre d'immatriculation, l'ORIAS, et l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Lorsque l'ACPR a connaissance d'une information pouvant entraver le bon exercice de la mission de l'organisme chargé de la tenue du registre, ou lorsqu'elle a connaissance d'une infraction commise par un intermédiaire susceptible d'entraîner la radiation de ce registre, elle en informe l'organisme chargé de la tenue de ce registre⁽⁸⁴⁾. L'ORIAS pour sa part communique à l'ACPR agissant dans le cadre de ses missions toute information qu'elle lui demande ou qui lui paraît utile de lui faire connaître. À défaut de radiation immédiate, l'immatriculation étant à renouveler

(75) C. assur., art. L. 515-1.

(76) Dir. n° 2016/97, 20 janv. 2016, art. 4-2.

(77) C. assur., art. L. 515-3.

(78) C. assur., art. L. 310-2.

(79) C. assur., art. L. 512-2, al. 1.

(80) C. assur., art. L. 515-1-IV.

(81) C. assur., art. L. 310-12 renvoyant à l'article L. 612-1 et s. du Code monétaire et financier.

(82) C. mon. fin., art. L. 612-2-II.

(83) C. mon. fin., art. L. 612-30 à L. 612-42 ; Monin Lafin I., *Le contrôle ACPR des intermédiaires d'assurance et financiers*, 2018, éd. L'Argus.

(84) C. assur., art. L. 514-4.

chaque année, il est ensuite au pouvoir de l'ORIAS de prendre en considération ces informations pour procéder au renouvellement ou non. C'est encore dans le domaine de la surveillance de la libre prestation de service et du libre établissement que la coopération devrait être la plus féconde.

L'intermédiaire d'assurance ou de réassurance ou l'intermédiaire d'assurance à titre accessoire qui exerce des activités en France au titre de la **libre prestation de services** a pris son immatriculation dans son pays d'origine et a pu commencer ses activités dès que l'autorité qui tient le registre a notifié à l'ORIAS son intention d'exercer en France en LPS. Il sera traité dans les mêmes conditions que l'intermédiaire inscrit en France et placé sous le contrôle de l'ACPR au regard des obligations prévues par les livres I et V du Code des assurances. Simplement l'ACPR du pays d'accueil devra dénoncer les infractions à l'autorité compétente de l'État membre d'origine pour qu'il en tire les conséquences au regard de la poursuite d'activité en France⁽⁸⁵⁾. Si la réaction n'est pas satisfaisante, l'ACPR peut, après en avoir informé l'autorité compétente de l'État membre d'origine, prendre les mesures appropriées pour prévenir de nouvelles irrégularités, y compris, « pour autant que cela soit absolument nécessaire », en demandant à l'ORIAS, en application du I de l'article L. 514-4, de prendre les dispositions visant à empêcher l'intermédiaire concerné de distribuer de nouveaux contrats en France⁽⁸⁶⁾. Dans ce cas, l'autorité en informe l'autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles et peut demander à cette dernière de lui prêter assistance conformément à l'article 19 du règlement (UE) n° 1094/2010 qui règle les différends entre autorités compétentes dans des situations transfrontalières.

En situation d'urgence, lorsqu'elle estime nécessaire d'engager une action immédiate pour protéger les droits des souscripteurs ou adhérents, l'ACPR peut prendre des mesures appropriées pour prévenir ou sanctionner les irrégularités commises en France par le distributeur intervenant en libre prestation de service. Ces mesures peuvent aller jusqu'à empêcher l'intermédiaire d'assurance ou l'intermédiaire d'assurance à titre accessoire sous surveillance de distribuer de nouveaux contrats en France.

Par un effet miroir, le même contrôle est appliqué à l'intermédiaire immatriculé en France qui exerce hors frontière en libre prestation de service. Les irrégularités commises sont signalées par l'autorité compétente de l'État membre d'accueil auprès de l'ACPR qui prend, le cas échéant et dès que possible après examen des informations communiquées par son homologue, les mesures appropriées pour remédier à cette situation. Les mesures envisageables sont d'abord d'informer l'ORIAS sur le fondement de l'article L. 514-4, alinéa 1^{er} et, le cas échéant, de faire usage de son pouvoir de sanction en application de l'article L. 612-41 du Code monétaire et financier pouvant entraîner la radiation du registre qui mettrait l'intermédiaire hors d'état de nuire en France comme dans l'État membre. Elle informe l'autorité compétente qui l'a saisie des mesures prises⁽⁸⁷⁾.

Dans le cadre de l'exercice, en France, en libre établissement par ouverture d'une succursale ou une présence permanente d'un intermédiaire d'assurance ou d'un intermédiaire d'assurance à titre accessoire immatriculé dans un pays membre, un dispositif de contrôle de même nature est mis en place. L'ACPR pourra d'abord réagir à toute infraction aussi bien aux dispositions sur l'installation en libre établissement qu'aux dispositions sur la surveillance des produits et exigences en matière de gouvernance, nouvellement introduites par l'ordonnance et le règlement délégué n° 2017/2358 de la commission du 21 septembre 2017, mais également à toute infraction aux obligations prévues par les livres I et V du Code des assurances, communes à tout distributeur sur le territoire national. L'ACPR doit informer de ses conclusions l'autorité compétente de l'État membre d'origine, auprès duquel l'immatriculation a été prise.

Si en dépit des mesures prises par l'État membre d'origine pour remédier à cette situation, ou si ces mesures s'avèrent insuffisantes ou qu'elles font défaut, l'intermédiaire d'assurance persiste à agir d'une manière préjudiciable aux intérêts des souscripteurs ou adhérents en France ou au bon fonctionnement des marchés de l'assurance, l'ACPR peut, après en avoir informé l'autorité compétente de l'État membre d'origine, prendre les mesures appropriées pour prévenir de nouvelles irrégularités, y compris, « pour autant que cela soit absolument nécessaire », en demandant à l'ORIAS de prendre les dispositions visant à empêcher l'intermédiaire concerné de distribuer de nouveaux contrats en France. Et là encore, elle en informe l'autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles.

L'ACPR conserve ici aussi la possibilité, si elle l'estime nécessaire, d'engager une action immédiate pour protéger les droits des souscripteurs ou adhérents de prendre des mesures appropriées pour prévenir ou sanctionner les irrégularités commises en France par le distributeur intervenant en libre établissement, pouvant aller jusqu'à empêcher l'intermédiaire sous surveillance de distribuer de nouveaux contrats en France⁽⁸⁸⁾.

Ces mesures défensives prises par l'ACPR ou l'ORIAS, aussi bien face à la libre prestation de service qu'au libre établissement, passent nécessairement par une décision motivée qui est communiquée par l'Autorité à l'intermédiaire d'assurance. Par ailleurs, l'Autorité communique sans délai cette décision à l'autorité compétente de l'État membre d'origine, à l'autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles et à la Commission européenne⁽⁸⁹⁾.

Au total, le contrôle préalable à l'immatriculation garantit une qualification des intermédiaires pour l'accès à la profession et la surveillance continue de l'exercice de l'activité par l'ACPR, en constante collaboration avec l'ORIAS qui tient le verrou de l'immatriculation, devrait assurer la continuité de la qualité de l'appareil de distribution.

II. L'acte de distribution d'une assurance

L'acte de distribution est une offre ; une offre de service qui attend son acceptation par un souscripteur ou un adhérent. Mais c'est une offre de service qu'il convient de dédoubler. Certes, le service final attendu est porté par un contrat d'assurance qui sera conclu au terme d'un échange de consentement. Mais lorsque ce service final

(85) C. assur., art. L. 515-2-I, al. 1^{er}.

(86) C. assur., art. L. 512-2-I, al. 2. Dans ce cas, l'Autorité en informe l'autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles et peut demander à cette dernière de lui prêter assistance conformément à l'article 19 du règlement (UE) n° 1094/2010.

(87) C. assur., art. L. 512-2-IV.

(88) C. assur., art. L. 515-4-III.

(89) C. assur., art. L. 512-2-III.

est présenté par un intermédiaire, les conditions et qualités finales du service d'assurance dépendent pour une part du produit préparé par l'entreprise d'assurance et, pour une autre, du service procuré par l'intermédiaire d'assurance.

Pour tout contrat d'assurance, la satisfaction du consommateur passera par la bonne adéquation entre les avantages attendus du contrat en tant que garantie face aux aléas et le prix payé. Mais pour certains contrats l'aléa n'est pas seulement contenu dans l'événement incertain assuré. C'est le cas pour certains contrats d'assurance vie et contrats de capitalisation qui, greffés sur des contrats d'assurance, sont bien plus qu'une opération d'assurance, de véritables opérations d'épargne et d'investissement financiers exposés aux aléas de l'économie et de la finance. Entrant en concurrence avec les produits financiers, la directive a eu le souci de « garantir une protection harmonisée des investisseurs et d'éviter le risque d'arbitrage réglementaire »⁽⁹⁰⁾. Cela suppose qu'au stade de la distribution de ces produits d'investissement fondés sur l'assurance, ils soient traités conformément à leur double nature : produit d'assurance et produit d'investissement. Après la directive⁽⁹¹⁾, l'ordonnance a mis en œuvre cette distinction en ajoutant aux dispositions applicables à tout acte de distribution d'un contrat d'assurance des exigences supplémentaires pour l'acte de distribution d'un contrat de capitalisation et de certains contrats d'assurance vie. Un ensemble de normes spécifiques qui visent les produits d'investissement fondés sur l'assurance regroupés au sein d'un acte juridique unique⁽⁹²⁾ est venu traduire les ambitions de la directive pour ces produits particuliers.

L'acte de distribution se trouve ainsi chargé d'obligations de faire qui pèsent sur le distributeur pour préparer la prise de décision du preneur dans des conditions destinées à répondre au plus près à ses besoins manifestés. Le produit de ces obligations, consistant essentiellement dans des échanges d'informations au service de conseils par nature immatériels préparant la prise de décision du souscripteur potentiel, doit être incorporé dans une forme qui en garde la trace pour permettre, dans le temps, au souscripteur de conserver les termes sous-tendant sa décision et aux autorités compétentes d'assurer la surveillance de l'appareil de distribution de l'assurance.

A. Service commun à tous les contrats d'assurance

Le texte fixe pour tout distributeur d'assurance⁽⁹³⁾ une ligne de conduite au rang des « principes généraux » (section I) que détaillent ensuite des « règles de conduite » (section III) du distributeur d'assurance qui doit préalablement se faire connaître de son client par des « informations à fournir » (section II). L'articulation de ces textes donne le sens profond du service si particulier de l'intermédiaire

d'assurance. L'acte de distribution n'a pas pour seul objectif de placer un contrat d'assurance auprès de celui qui deviendra client de l'entreprise d'assurance. Il est un acte qui s'inscrit dans un service auprès du futur souscripteur consistant dans une aide à la décision lui appartenant de souscrire à travers l'offre éclairée de l'intermédiaire le service d'assurance au plus près de ses intérêts. Avant de faire le bon choix du contrat d'assurance, il s'agit pour le souscripteur éventuel de faire le bon choix du distributeur.

1. La ligne de conduite

Les qualités attendues du distributeur – qu'il n'est pas excessif de qualifier de morales – sont placées au premier rang des principes généraux posés par le nouvel article L. 521-1 : « Les distributeurs de produits d'assurance agissent de manière honnête, impartiale et professionnelle et ce, au mieux des intérêts du souscripteur ou de l'adhérent ». Cela irait sans le dire, mais que la loi ait choisi de considérer que cela irait mieux en le disant pourra constituer une réserve d'interprétation à la disposition du juge qui aura à apprécier tel comportement particulier d'un distributeur face à une situation particulière. Les trois adjectifs ont chacun leur charge. Il forme une formule renforcée de la bonne foi déclinée pour les relations d'affaires entre un professionnel et un consommateur.

Passée par le filtre de l'immatriculation dans les conditions que l'on sait, leur honorabilité reconnue les prédispose à l'honnêteté. Les exigences professionnelles attestées les préparent pour guider utilement et opportunément le souscripteur ou adhérent éventuel. Mais à l'épreuve, tout distributeur d'assurance doit s'abstenir comme tout professionnel face à un consommateur de toute pratique commerciale trompeuse. Toutes les informations, y compris publicitaires adressées au souscripteur éventuel doivent être « claires, exactes et non trompeuses »⁽⁹⁴⁾. Les communications strictement publicitaires doivent être identifiables comme telles.

Faire preuve d'impartialité et du souci constant des intérêts du souscripteur éventuel pouvait s'avérer plus délicat, dans la mesure où l'intermédiaire d'assurance – c'est inscrit dans sa définition légale – exerce l'activité de distribution d'assurance « contre rémunération »⁽⁹⁵⁾. La directive et, après elle, l'ordonnance ont pris en considération cette donnée qui peut se révéler le siège d'un conflit d'intérêts entre le souscripteur éventuel et l'intermédiaire mû par la maximisation de sa rémunération. La rémunération de l'intermédiaire d'assurance, quelle que soit la catégorie, provient de l'entreprise d'assurance. C'est tout naturel lorsque l'intermédiaire est mandataire de l'assureur. Cela le reste lorsqu'il agit en tant que courtier choisi par le preneur. Dans tous les cas, il rend un service au preneur d'assurance, mais il rend un grand service à l'entreprise d'assurance à laquelle il apporte une affaire qui va générer des primes d'assurance qu'elle espère récurrentes. La rémunération qu'elle doit à l'intermédiaire est essentiellement sous forme de commissions déterminées par un taux appliqué au montant des primes générées par les contrats d'assurance apportés par lui. Elle est éventuellement complétée

(90) Dir. n° 2016/97, 20 janv. 2016, cons. 56.

(91) V. Dir. n° 2016/97, 20 janv. 2016, art. 20 à 23 pour tous les contrats ; art. 26 à 30 pour les contrats d'assurance vie ou capitalisation adossés à un produit d'investissement.

(92) Règlement délégué (UE) n° 2017/2359 de la commission, complétant la directive (UE) n° 2016/97 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences en matière d'information et les règles de conduite applicables à la distribution de produits d'investissement fondés sur l'assurance, cons. 2 : « Par sa forme, un règlement apporte un cadre cohérent à tous les participants du marché et constitue le meilleur moyen de garantir des conditions de concurrence équitables et uniformes ainsi qu'une norme appropriée de protection des consommateurs ».

(93) Entreprise d'assurance, intermédiaire, et intermédiaire à titre accessoire.

(94) C. assur., art. L. 521-1-II.

(95) C. assur., art. L. 511-1-III.

par un intéressement, notamment pour les agents généraux⁽⁹⁶⁾. Elle est vécue par l'entreprise comme une charge dans l'acquisition des contrats d'assurance. Une charge qui ajoutée à la prime pure – produit de la fréquence des sinistres par leur coût moyen – participe de la prime commerciale payée par l'assuré. Le risque que l'entreprise d'assurance, soucieuse de stimuler l'activité commerciale de ses intermédiaires, adopte un système de rémunération qui incite l'intermédiaire à préférer la maximisation de sa rémunération en proposant au souscripteur éventuel un contrat rémunérateur pour lui au détriment du service loyal de celui-ci par un produit d'assurance mieux adapté à ses besoins a conduit la directive et dans son prolongement l'ordonnance à poser un interdit : la rémunération du distributeur ou de son personnel ne peut reposer sur une évaluation des performances qui « contrevienne à leur obligation d'agir au mieux des intérêts du souscripteur ou de l'adhérent »⁽⁹⁷⁾. Plus particulièrement, « un distributeur de produits d'assurance ne prend aucune disposition sous forme de rémunération d'objectifs de vente ou autre qui pourrait l'encourager ou encourager son personnel à recommander un produit d'assurance particulier à un souscripteur éventuel alors que ce distributeur pourrait proposer un autre produit d'assurance correspondant mieux aux exigences et aux besoins du souscripteur ou adhérent éventuel ». Cette directive devra être entendue par les entreprises d'assurance au moment de la négociation des accords d'entreprise avec les agents généraux d'assurance, mais également au moment de fixer les conditions des accords de distribution avec des courtiers ou des mandataires d'assurance. L'obligation de ne pas faire est le corollaire d'une obligation de faire qui est le fil directeur de la conduite du distributeur d'assurance : une attention constante à l'intérêt du futur assuré.

2. Informer

Dès le premier contact et en tout cas, avant toute conclusion d'un contrat d'assurance, l'intermédiaire d'assurance comme l'intermédiaire d'assurance à titre accessoire doit fournir une liste d'informations détaillées par le nouvel article L. 521-2 qui sont destinées à faire plus ample connaissance de l'intermédiaire. L'objectif poursuivi par la loi est de créer un rapport de confiance avec celui qui aura pour devoir de guider le souscripteur éventuel dans le choix judicieux du contrat d'assurance correspondant au mieux à ses intérêts.

Le premier niveau d'informations est une série d'**informations relatives à la personne de l'intermédiaire**. Elles portent sur l'identité, l'adresse et l'immatriculation⁽⁹⁸⁾. Ce dernier renseignement permettra au souscripteur éventuel, s'il le souhaite, de vérifier sur le site de l'ORIAS l'inscription en bonne et due forme de son interlocuteur avec la garantie qu'il remplit effectivement les conditions légales pour l'exercice de la profession d'intermédiaire d'assurance. Le registre consulté révélera en outre la ou les catégories auxquelles appartient l'intermédiaire et s'il exerce l'activité de distribution d'assurance à titre principal ou à titre accessoire d'une autre activité profession-

nelle qui devra dans ce cas être indiquée⁽⁹⁹⁾. Son attention pourra être utilement attirée par la mention indiquant si l'intermédiaire est autorisé ou non à encaisser des fonds, selon qu'il est couvert par une garantie financière ou un mandat d'encaissement d'une entreprise d'assurance⁽¹⁰⁰⁾. Il lui fournit également les coordonnées et l'adresse de son service de réclamation, quand il existe, et lui indique les modalités de recours à un processus de médiation dans les conditions prévues au titre I^{er} du livre VI du Code de la consommation et les coordonnées et l'adresse de l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution⁽¹⁰¹⁾.

Un second niveau d'informations est constitué des **informations relatives à la fourniture du contrat d'assurance**. Elles seront utiles au souscripteur éventuel pour évaluer la recommandation que lui fera l'intermédiaire parmi les offres sélectionnées. La qualité de la recommandation risque d'être orientée par le degré de liberté et de possibilités dont dispose l'intermédiaire lui-même pour rechercher sur le marché le ou les contrats adaptés au meilleur prix.

Ce degré de liberté est d'abord affecté par l'existence de **liens juridiques contraignants** entre l'intermédiaire et les entreprises d'assurance. Ce premier point sera renseigné par l'indication de l'existence ou non d'une « obligation contractuelle de travailler exclusivement avec une ou plusieurs entreprises d'assurance » pour le type de contrat demandé. Le choix du contrat en sera nécessairement contraint dans les limites de l'offre de l'entreprise. Le souscripteur éventuel doit en être immédiatement informé. La situation concernera parfois le mandataire d'assurance mais, le plus souvent, les agents généraux d'assurance pour lesquels l'exclusivité est un élément de leur statut. Il fournira le nom de cette ou de ces entreprises d'assurance⁽¹⁰²⁾.

Même en l'absence d'obligation d'exclusivité, l'intermédiaire doit donner des informations sur la manière dont il a procédé pour sélectionner l'offre ou les offres des entreprises qu'il présente au souscripteur. S'il entend se prévaloir d'un service de recommandation fondé sur une analyse impartiale et personnalisée, il est tenu au préalable de se fonder sur l'analyse d'un nombre suffisant de contrats d'assurance offerts sur le marché⁽¹⁰³⁾. Combien ? Ni l'ordonnance ni le décret ne le précisent. L'appréciation relèvera éventuellement ultérieurement du juge si la recommandation voulue personnalisée s'avérait fondée sur des éléments trop superficiels. S'il n'est pas en mesure de se fonder sur l'analyse d'un nombre suffisant de contrats d'assurance offerts sur le marché, il informera le souscripteur éventuel du nom des entreprises avec lesquelles il peut travailler et travaille⁽¹⁰⁴⁾.

Une autre série de liens, des **liens d'intérêts**, est susceptible de troubler la liberté de jugement de l'intermédiaire quant à la recommandation à faire. L'indépendance économique de l'intermédiaire par rapport aux entreprises d'assurance est un facteur non négligeable pour l'interprétation que le souscripteur éventuel pourra donner aux recommandations.

(96) Statut des agents généraux d'assurance, convention FFSA-FNSAGA du 16 avril 1996, point II, D 3 : « la rémunération globale de l'agent général peut comprendre, outre les différents types de commissions usuels, un système d'intéressement fondé notamment sur le développement, les résultats techniques et la qualité de gestion de l'agence, ainsi que tout autre système fixé au niveau des accords d'entreprise ».

(97) C. assur., art. L. 521-1-III.

(98) C. assur., art. R. 521-4 : ces informations doivent également figurer dans « toute correspondance ou publicité, quel qu'en soit le support, émanant d'un distributeur agissant en cette qualité ».

(99) C. assur., art. A. 512-3, 4^e.

(100) Ensemble : C. assur., art. A. 512-3, 5^e et C. assur., art. L. 512-7.

(101) C. assur., art. R. 521-1-I, al. 1^{er}.

(102) C. assur., art. L. 521-2-II, 1, a.

(103) C. assur., art. L. 521-2-II, 1, c.

(104) C. assur., art. L. 521-2-II, 1, b.

Ce sont d'abord les **liens capitalistiques** qui sont visés. L'intermédiaire d'assurance indique au souscripteur éventuel ou à l'adhérent éventuel toute participation, directe ou indirecte, égale ou supérieure à 10 % des droits de vote ou du capital d'une entreprise d'assurance qu'il détient. Il lui indique également toute participation, directe ou indirecte, supérieure à 10 % des droits de vote ou de son capital, détenue par une entreprise d'assurance déterminée ou par l'entreprise mère d'une entreprise d'assurance déterminée⁽¹⁰⁵⁾. Se trouvent ici visés les groupes bancaires contrôlant une ou plusieurs entreprises d'assurance, dans lesquels la société de banque distribuant du crédit distribue accessoirement, par l'intermédiaire d'une société mandataire d'assurance, les contrats d'assurance qui peuvent en être le complément. Mais sont également concernées les unions de mutuelles diffusant les produits d'assurance de plusieurs sociétés mutuelles appartenant à l'union.

C'est aussi la **concentration d'un courant d'affaires** avec une même entreprise d'assurance ou un même groupe d'assurance qui pourrait être l'indice d'une dépendance de l'intermédiaire alors qu'il n'est soumis à aucune obligation contractuelle de travailler exclusivement avec lui. Le seuil à partir duquel le décret présume un risque de dépendance est fixé à 33 % du chiffre d'affaires total qu'il a réalisé, au cours de l'année précédente, au titre de l'ensemble de son activité de distribution avec la même entreprise ou du groupe d'assurance. Le seuil franchi, l'information doit être donnée avant la conclusion du contrat⁽¹⁰⁶⁾. Ce sont là des informations que tout intermédiaire d'assurance doit collecter et tenir à jour régulièrement pour être intégrées à sa fiche d'identité et disponibles pour les premiers contacts.

C'est enfin le **mode de rémunération** pour le service de l'intermédiaire, en relation avec ce contrat d'assurance, qui fournira des informations complémentaires mais utiles pour le souscripteur au moment du choix. L'intermédiaire doit indiquer s'il travaille sur la base d'honoraires, « c'est-à-dire sous forme d'une rémunération payée directement par le souscripteur ou l'adhérent » ou sur la base d'une commission, « c'est-à-dire une rémunération incluse dans la prime d'assurance » ou tout autre type de rémunération, y compris avantage économique, proposé ou offert avec le contrat d'assurance, ou une combinaison des types de rémunération mentionnés précédemment⁽¹⁰⁷⁾. Et « lorsque le souscripteur ou l'adhérent doit payer des honoraires, l'intermédiaire lui en communique le montant ou, lorsque cela n'est pas possible, leur méthode de calcul »⁽¹⁰⁸⁾.

Les autres distributeurs ne sont pas en reste pour ce devoir de transparence, même si, dans les détails, les informations à fournir sont allégées. Avant la conclusion d'un contrat d'assurance, l'intermédiaire à titre accessoire, mais aussi l'entreprise d'assurance distribuant par son personnel, fourniront des informations relatives à son identité son adresse et son immatriculation, aux procédures de réclamation et au recours à la médiation, à la nature de la rémunération perçue au titre de la distribution de ce contrat⁽¹⁰⁹⁾.

Au total, l'ordonnance a procédé à la réécriture des dispositions du Code des assurances qui contenaient déjà l'essentiel de ces

obligations d'informer⁽¹¹⁰⁾. Un ajout retiendra l'attention. Lorsqu'il se présente au client éventuel, l'intermédiaire « lui précise en outre s'il fournit un service de recommandation concernant les contrats d'assurance qu'il distribue »⁽¹¹¹⁾. Cet ajout pourrait étonner dans la mesure où « la fourniture de recommandations sur les contrats d'assurance » fait partie des éléments de définition de la distribution d'assurance⁽¹¹²⁾. Il annonce simplement qu'un service spécifique personnalisé, allant plus loin que l'obligation légale de conseil, est désormais identifié par les nouveaux textes. Cette information limitée a son importance pour compléter la présentation des services de l'intermédiaire. Nanti de toutes ces informations, le souscripteur ou adhérent éventuel sera mieux armé pour entendre et apprécier les conseils et recommandations que les nouvelles règles chargent l'intermédiaire de leur prodiguer.

3. Conseiller

Sous un intertitre neutre du texte de la loi, « **règles de conduite** », se cache l'écriture rénovée du devoir de conseil imposé au distributeur d'assurance. Le devoir de conseil de l'intermédiaire d'assurance vient de loin. Il a été importé par la jurisprudence à l'occasion de la recherche de responsabilité d'un « courtier qui n'avait pas été vis-à-vis de son (client) le guide sûr et expérimenté qu'il aurait dû être »⁽¹¹³⁾. De manière continue, au fil des contentieux engagés par les assurés frustrés d'un défaut de garantie par l'assureur, le devoir de conseil n'a cessé de s'étendre pour couvrir bien au-delà du choix inadéquat du contrat d'assurance aux besoins recensés du souscripteur. L'intermédiaire doit recommander à l'assuré d'exécuter avec diligence ses obligations contractuelles pour obtenir l'efficacité de la garantie souscrite : déclarer des risques nouveaux ou aggravés, payer sans délai un complément de prime pour obtenir la prorogation du contrat, surveiller la déclaration du sinistre et le conseiller sur la façon d'interrompre la prescription en temps utile, adapter les clauses de plafond de garantie à l'évolution du risque⁽¹¹⁴⁾. Dans une affaire où la garantie vol avait été refusée à l'assurée entrée en maison de retraite en vertu de la clause d'habitation du local assuré pendant 90 jours par an, en cassant la décision de la cour d'appel qui faisait jouer l'exclusion de garantie se fondant sur la clause, la Cour de cassation a pu affirmer de manière éclatante que « le devoir d'information et de conseil de l'agent d'assurance ne s'achève pas lors de la souscription du contrat »⁽¹¹⁵⁾.

Sur quel fondement s'est appuyé ce courant de jurisprudence ? Certainement pas sur une obligation légale imposée à tout distributeur d'assurance qui n'a fait son entrée dans le Code des assurances⁽¹¹⁶⁾ qu'avec la transposition de la première directive du 9 décembre 2002⁽¹¹⁷⁾. Pour le courtier, le devoir de conseil post-souscription

(105) C. assur., art. R. 521-1-I.

(106) C. assur., art. R. 521-1-II, al. 2.

(107) C. assur., art. L. 521-2, 2°.

(108) C. assur., art. L. 521-2, 3°.

(109) C. assur., art. L. 521-2-IV et C. assur., art. L. 521-3.

(110) V. Langé D., « Le devoir de conseil de l'intermédiaire en assurance après la loi du 15 décembre 2005 », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Bigot*, 2010, LGDJ, p. 243.

(111) C. assur., art. L. 521-2-I, al. 1°.

(112) C. assur., art. L. 511-1-I, al. 1°.

(113) Cass. 1^{re} civ., 10 nov. 1964 : JCP 1965, II 13981.

(114) Cass. 2^e civ., 21 déc. 2006, n° 06-13158 : RGDA janv. 2007, p. 230, note Roussel J.

(115) Cass. 2^e civ., 5 juill. 2006, n° 04-10273 : Resp. civ. et assur. 2006, comm. 277 et chron. Groutel H., « L'agent général et la vieille dame ».

(116) C. assur., art. L. 520-1 anc.

(117) Dir. n° 2002/92/CE du PE et du Cons., 9 déc. 2002, sur l'intermédiation en assurance.

était rattaché au mandat donné par le souscripteur et durerait aussi longtemps que les relations d'affaires subsistaient entre courtier et assuré. Pour l'agent général, les juges n'ont pas cherché à rattacher l'obligation à un quelconque contrat de mandat. C'est « en sa qualité de professionnel de l'assurance mettant sa compétence à la disposition du public que [l'agent général] est tenu d'une obligation de conseil envers [l'assuré] »⁽¹¹⁸⁾.

Avec l'article L. 520-1 ancien comme avec le nouvel article L. 521-4, nouvellement introduit, il s'agit d'une tout autre chose qui n'exclut pas le maintien de la jurisprudence sur la continuité du devoir de conseil pendant le cours de l'exécution du contrat d'assurance. C'est avant la conclusion de tout contrat d'assurance⁽¹¹⁹⁾ que le devoir de conseil est placé parce qu'il s'agit de mettre le souscripteur éventuel dans la situation de faire le meilleur arbitrage de ses intérêts économiques face au risque qu'il croit identifier. La première décision à prendre par la personne exposée à un risque relève de la gestion du risque. Dois-je le conserver ou le transférer à un assureur contre un prix, celui de la prime dont je devrais m'acquitter ? L'objectif pour le preneur d'assurance est de trouver sur le marché le meilleur rapport qualité/prix pour la couverture du risque transféré. Le distributeur a, de par la loi, le devoir de l'y aider. C'est sa « règle de conduite ».

Pour tout contrat, le distributeur doit prendre connaissance des exigences et des besoins du client. En résultera un échange d'informations entre eux. C'est le distributeur qui prend l'initiative d'instruire, par écrit, la demande d'assurance. Les premières informations viendront nécessairement du client pour circonscrire le type de risque qu'il souhaite assurer, à charge pour le distributeur d'orienter les échanges vers un type de contrat. Mais on est loin du compte. S'enchaîneront alors les questions orientées du distributeur suivies des réponses qui éclaireront « les exigences et les besoins » du souscripteur éventuel. Dans la mesure où le souscripteur ne connaît pas nécessairement ses propres besoins en termes de garanties d'assurance qui dépendent du type de contrat et des options qu'il peut offrir, il ne peut les formuler autrement qu'en répondant aux questions orientées du distributeur. Instruit de la demande précisée, le distributeur sera en mesure de formuler une proposition précise de contrat d'assurance. C'est toujours par écrit qu'il « lui fournit des informations objectives sur le produit d'assurance proposé, sous une forme compréhensible, exacte et non trompeuse afin de lui permettre de prendre une décision en toute connaissance de cause ».

Le conseil vient ensuite sous la forme d'un contrat que le distributeur estime cohérent avec les exigences et les besoins du souscripteur tels qu'ils ont été élucidés et consignés par écrit. Le distributeur doit encore préciser les raisons qui motivent ce conseil car, *in fine*, la décision appartient au souscripteur⁽¹²⁰⁾. Pour la conclusion d'un contrat spécifique, lorsque le distributeur propose au souscripteur un « service de recommandation personnalisée », il devra lui expliquer pourquoi, parmi plusieurs contrats ou plusieurs options au sein

d'un contrat, tels contrats ou options correspondent mieux à ses exigences et besoins⁽¹²¹⁾.

Quel que soit le niveau de l'aide du distributeur, simple conseil ou recommandation personnalisée pour un contrat spécifique, les précisions décrivant les caractéristiques du contrat proposé doivent être adaptées à sa complexité et doivent ensuite lui être communiquées sous une forme compréhensible exacte et non trompeuse. En prenant en considération la réceptivité de son client à la communication des précisions du contrat, le distributeur doit tout faire pour qu'il soit en mesure de comprendre la cohérence du contrat proposé avec ses exigences et ses besoins. Le conseil éclairé n'a qu'un but : permettre au client de « prendre une décision en toute connaissance de cause ».

B. Service particulier aux contrats de capitalisation et contrats d'assurance vie

Sont concernés les contrats d'assurance vie individuels comportant des valeurs de rachat, les contrats de capitalisation ou l'adhésion à une assurance de groupe à adhésion facultative comportant des valeurs de rachat des articles L. 132-5 ou L. 441-1 du Code des assurances, distribués par l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire d'assurance⁽¹²²⁾. Pour ceux-là, non seulement le distributeur sera tenu par les dispositions applicables à tout contrat d'assurance⁽¹²³⁾, mais des obligations particulières viendront renforcer et éclairer d'une autre manière les « informations à fournir » et les « règles de conduites » du seul fait que l'adossé du contrat d'assurance à un produit d'investissement est susceptible de faire naître des conflits d'intérêts d'une nature particulière que la personne au contact du client, au nom du distributeur, devra prévenir et si possible gérer.

1. Prévenir le conflit d'intérêts

En application des dispositions du règlement délégué n° 2017/2359⁽¹²⁴⁾, l'entreprise d'assurance et l'intermédiaire d'assurance a consigné par écrit une politique de traitement de conflits d'intérêts⁽¹²⁵⁾. Ils tiennent et actualisent un registre des situations de conflit d'intérêts⁽¹²⁶⁾. En engageant l'acte de distribution en direction d'un client déterminé, souscripteur ou adhérent potentiel, la personne agissant pour l'entreprise distributrice, entreprise d'assurance ou intermédiaire d'assurance, devra se référer aux documents porteurs des « dispositifs organisationnels et administratifs » pour se conformer, dans l'échange engagé, à la politique arrêtée par le distributeur en matière de conflits d'intérêts. Ayant identifié le client, elle sera alors en mesure de détecter l'existence potentielle d'un conflit d'intérêts entre elle ou toute personne liée à elle par une relation de contrôle et ce client ou entre deux clients⁽¹²⁷⁾. Elle devra mettre en œuvre alors le dispositif organisationnel et administratif adéquat pour prévenir et gérer le conflit d'intérêts pour garantir, avec une « certitude

(118) Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 1986, n° 85-10713 : RGAT 1986, p. 610.

(119) Les contrats couvrant les « grands risques » définis à l'article L. 111-6 du Code des assurances, font exception. Il s'agit des grands risques par nature (corps de véhicules ferroviaires, maritimes, aériens ...) ou ceux des dommages aux biens lorsque le souscripteur exerce une activité professionnelle dont l'importance dépasse certains seuils. On considère que pour l'assurance de ces « grands risques », le souscripteur a les moyens de mobiliser le spécialiste disposant de connaissances sur ce risques au moins égales à celles du distributeur.

(120) C. assur., art. L. 521-4-I, al. 2, transposition de l'article 20-1 de la directive.

(121) C. assur., art. L. 521-4-II, transposition de l'article 20-1, al. 3 et 20-3 de la directive.

(122) L'intermédiaire d'assurance à titre accessoire n'est plus ici concerné.

(123) V. *supra*.

(124) Pour une approche d'ensemble : Schmidt D., « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », D. 2013, p. 446 ; v. également : Dondero B., « Le traitement juridique des conflits d'intérêts entre droit commun et dispositifs spéciaux », D. 2012, p. 1686.

(125) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 4-1 ; v. *supra*.

(126) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 7-2.

(127) C. assur., art. L. 522-2, al. 1^{er}.

raisonnable », que le risque de porter atteinte aux intérêts du client sera évité⁽¹²⁸⁾. C'est à la personne agissant pour le distributeur de porter cette appréciation. S'il ne perçoit pas cette certitude raisonnable, alors il devra porter l'information au client en divulguant d'existence de ce conflit d'intérêts⁽¹²⁹⁾.

La révélation du conflit d'intérêts constitue une mesure d'importance primordiale : elle a pour objet d'avertir de l'existence d'un risque et de permettre aux personnes exposées de réagir pour la préservation de leurs intérêts⁽¹³⁰⁾. Révéler c'est prévenir. Prévention à défaut du traitement du conflit d'intérêts. Mais le règlement délégué l'invite à la modération. Il ne devra pas « recourir de manière excessive à la divulgation des conflits d'intérêts, afin que la fourniture de cette information aux clients, conformément à l'article 28, paragraphe 2, de la directive (UE) 2016/97, constitue une mesure de dernier ressort »⁽¹³¹⁾. S'il fait le choix de la divulgation, du conflit d'intérêts, il fournira au client une description précise du conflit d'intérêts en question, expliquant la nature générale et les sources du conflit d'intérêts et les risques substantiels que présente le conflit d'intérêts pour le client⁽¹³²⁾. Le but du dispositif est, comme toujours, de laisser au client convenablement informé le soin d'arbitrer et la responsabilité de faire confiance ou non à l'intermédiaire. Si le client accorde sa confiance, la préparation de l'acte d'assurance impliquera que des informations précises sur les types de contrats envisagés soient fournies par l'intermédiaire concernant les produits offerts sur le marché et qu'un conseil oriente le choix vers un contrat en adéquation avec les besoins du client.

2. Informer

C'est toujours avant la conclusion de tout contrat de capitalisation ou d'assurance vie adossé à des produits d'investissement que ces informations sont attendues. Elles portent d'abord sur les informations précontractuelles qui sont dues pour tout contrat d'assurance conformément aux articles L. 521-1 et L. 521-2⁽¹³³⁾. C'est notamment l'intermédiaire auteur du service attendu qui devra se présenter au client et faire connaître sa situation par rapport à l'entreprise d'assurance les modalités de sa rémunération. Mais la particularité de ces contrats d'assurance vie adossés à des produits d'investissement comparés aux contrats d'assurance non-vie appelle d'autres infirmations. Cette particularité tient au fait que le risque est moins dans l'aléa de la vie de l'assuré que dans les aléas du rendement de l'investissement liés aux risques des marchés financiers. C'est donc autour des caractéristiques du produit d'investissement que seront concentrées des informations complémentaires essentielles pour, selon les vœux de la directive⁽¹³⁴⁾, le soumettre à des normes spécifiques mais

semblables à celles applicables aux produits d'investissement financier et qui ont trouvé place dans le Code monétaire et financier.

Avec ces contrats d'assurance, l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire d'assurance entrent dans le champ d'une activité professionnelle qu'ils partagent avec les intermédiaires financiers. Au-delà du service de distribution du contrat d'assurance, un service de distribution d'un produit financier se trouve greffé pour lequel, des informations précises doivent être fournies au souscripteur éventuel pour qu'il soit, toujours le même but, en mesure de prendre sa décision d'investissement en connaissance de cause et, particularité, de réviser le choix initial si les conditions des marchés financiers ont changé. Il est donc essentiel, avant de s'engager avec tel distributeur que celui-ci l'informe précisément du service qu'il est prêt à lui rendre.

Les formules les plus diverses sont envisageables pour ce genre de contrat d'assurance vie ou de capitalisation comportant des placements plus ou moins risqués. Le distributeur est tenu d'informer (et presque de former) le client en fonction de l'état de ses compétences sur ces sujets sur les propositions de contrats et de stratégies d'investissement combinées. Il s'agira de préciser pour chacun les orientations en termes de support d'investissement et de faire les mises en garde appropriées sur les risques inhérents aux contrats ou à certaines stratégies d'investissement⁽¹³⁵⁾. À ce stade, l'information est la plus large sur les offres du marché pour que le client potentiel puisse se faire une première idée des possibilités qui lui seraient offertes pour protéger son épargne et/ou la faire fructifier. Service supplémentaire, l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire d'assurance précisera s'ils s'engagent ou non à remettre une évaluation périodique pour lui permettre de suivre les résultats obtenus des produits d'investissement et d'arbitrer les changements opportuns pour maintenir dans la durée l'adéquation des placements aux besoins.

Ces services sont utiles. S'ils ont une valeur pour le client, ils ont aussi un coût. Dans la mesure où le rendement net de l'investissement fait partie des critères de choix, il doit recevoir une information complète sur les frais qui viendront amputer les sommes versées. Hormis pour les contrats de prévoyance et retraite supplémentaire des professions non salariées (art. L. 144-1), plan épargne retraite populaire (art. L. 144-2) et certaines opérations à adhésion facultative (art. L. 441-3), l'intermédiaire d'assurance ou l'entreprise d'assurance doivent lui communiquer « les informations sur tous les coûts et frais liés, y compris les coûts de distribution supplémentaires qui ne sont pas déjà inclus dans les coûts et frais précisés dans les documents d'information clés prévus par le règlement (UE) n° 1286/2014 et notamment ceux qui ne sont pas causés par la survenance d'un risque du marché sous-jacent »⁽¹³⁶⁾. Pour faire ressortir le rendement éventuel de l'investissement, l'ensemble de ces coûts et frais sont présentés de façon agrégée, mais le souscripteur ou l'adhérent éventuel peut demander, une ventilation des coûts de distribution supplémentaires. Ces informations concernant les frais grevant l'investissement sont fournies avant la conclusion du contrat, mais c'est aussi tout au long de sa « durée de vie » que l'information devra être rafraîchie, et au moins annuellement, pour continuer de répondre à l'objectif visé par

(128) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 6-1.

(129) Rapp. C. mon. fin., art. L. 541-8, al. 2 : « lorsque ces mesures ne suffisent pas à garantir, avec une certitude raisonnable, que le risque de porter atteinte aux intérêts des clients sera évité, le conseiller en investissements financiers informe clairement ceux-ci, avant d'agir au nom et pour leur compte, de la nature générale ou de la source de ces conflits d'intérêts ainsi que des mesures prises pour atténuer ces risques. »

(130) Schmidt D., « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », D. 2013, p. 446.

(131) *Ibid.*

(132) C. assur., art. L. 522-2, al. 2 ; rapp. C. mon. fin., art. L. 541-8, al. 2.

(133) *V. supra.*

(134) Dir. n° 2016/97, 20 janv. 2016, cons. 56.

(135) C. assur., art. L. 522-3-2°.

(136) C. assur., art. L. 522-3.

le client assuré de maintenir un rendement optimum et lui permettre de réorienter les investissements⁽¹³⁷⁾.

Enfin, une attention particulière est portée à un soupçon de conflit d'intérêts entre l'intermédiaire et le souscripteur du seul fait que l'entreprise ou l'intermédiaire en sa qualité de professionnel reçoit ou verse une rémunération, fournit ou reçoit un avantage non monétaire en lien avec la distribution du contrat à toute partie ou par elle, à l'exclusion du souscripteur ou de son représentant. Le principe placé en surplomb de toute démarche du distributeur d'assurance devant toujours agir « de manière honnête, impartiale et professionnelle et ce, au mieux des intérêts du souscripteur ou de l'adhérent », pourrait s'en trouver terni. Dans une formule quelque peu alambiquée, l'article L. 522-4 lave l'entreprise et l'intermédiaire de tout soupçon « dans les seuls cas où le paiement ou l'avantage » n'ont pas d'effet négatif sur la qualité du service fourni au souscripteur et ne nuisent pas au respect de l'obligation d'agir de manière honnête, impartiale et professionnelle et ce, au mieux des intérêts du souscripteur ou de l'adhérent... Plus simplement, on en déduira qu'un tiers à la conclusion du contrat pourrait recevoir ou verser un honoraire ou une commission à l'occasion de la vente du produit d'assurance. La figure de la rétrocession d'honoraires reste légitime dès lors qu'elle n'entre pas en conflit avec les intérêts du souscripteur.

3. Conseiller

C'est à nouveau la mission dévolue sous la même formule neutre, « Règles de conduite », pour désigner l'obligation de conseil ou de recommandation qui pèse sur le distributeur en contact avec le client potentiel. Pour l'essentiel, le processus du conseil tel qu'il est écrit à l'article L. 522-5 du Code des assurances pour ces contrats particuliers va reprendre le même schéma que pour tous les contrats d'assurance⁽¹³⁸⁾. Mais dans le détail, aussi bien l'ordonnance que le règlement délégué n° 2017/2359 apportent des précisions qui renforcent les obligations du distributeur d'ajuster le contrat proposé aux exigences et aux besoins analysés du souscripteur ou adhérent potentiel et, par nécessité, développent les obligations de s'informer sur la personnalité du client pour y répondre. Pour ces contrats réputés plus exposés aux risques d'erreurs d'engagement, avant de pouvoir bien conseiller le client, il faut s'efforcer de bien le connaître.

À la suite de la directive, l'ordonnance et surtout le règlement délégué vont baliser la procédure qui ira de la prise d'informations à la délivrance du conseil. Les textes vont encore affiner les obligations en distinguant selon que la prestation de service du distributeur se limite à proposer un contrat au « caractère approprié »⁽¹³⁹⁾ ou dans le cadre d'un service de recommandation personnalisée un contrat ou des options plus « adéquats »⁽¹⁴⁰⁾ à ses exigences et besoins, et en particulier plus adapté à sa tolérance aux risques et à sa capacité à subir des pertes »⁽¹⁴¹⁾. Avant la délivrance du conseil pour un contrat approprié ou la recommandation pour le contrat adéquat, le distribu-

teur est tenu de prendre des informations précises sur la personnalité du client. Tant d'efforts pour cerner le besoin du client et servir au plus près ne sauraient être perdus. Ils doivent être consignés, enregistrés, pour servir en tant que de besoin de preuve de l'exécution des obligations du distributeur.

a. Prise d'informations

S'agissant d'un contrat d'assurance qui est avant tout le support à un investissement, une attention particulière sera portée par l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire d'assurance à la situation financière et aux objectifs d'investissement du souscripteur éventuel, ainsi qu'à ses connaissances et son expérience en matière financière⁽¹⁴²⁾. C'est précisément l'objet du règlement délégué n° 2017/2359, d'application directe⁽¹⁴³⁾, de détailler par le menu le processus d'information.

Dans tous les cas, les informations que les intermédiaires d'assurance et les entreprises d'assurance sont tenus de se procurer quant aux connaissances et à l'expérience du client ou client potentiel dans le domaine d'investissement concerné incluent un certain nombre d'éléments, « dans la mesure appropriée au type de client et à la nature et au type de produit ou de service proposé ou demandé, y compris sa complexité et les risques y afférents »⁽¹⁴⁴⁾. Si ces informations ont été données à l'occasion d'opérations antérieures, il est seulement vérifié qu'elles ne sont pas périmées, erronées ou incomplètes.

Pour le cas de l'évaluation de l'adéquation qui s'inscrit dans l'objectif d'une recommandation, les informations à obtenir sont singulièrement renforcées. C'est à un véritable audit de la situation patrimoniale et personnelle du client que doit se livrer l'intermédiaire d'assurance ou l'entreprise d'assurance pour être en mesure de formuler la recommandation personnalisée qu'ils lui adresseront. Elle devra correspondre à ses objectifs d'investissement, sa tolérance aux risques, sa capacité à subir des pertes et être conçue de telle façon qu'il possède les connaissances et l'expérience nécessaire dans le domaine d'investissement⁽¹⁴⁵⁾. Les informations relatives à sa situation financière, y compris sa capacité à subir des pertes, incluent, le cas échéant, des informations sur la source et l'importance de ses revenus réguliers, ses actifs, y compris les actifs liquides, ses investissements ainsi que ses biens immobiliers et ses engagements financiers réguliers. Les informations relatives aux objectifs d'investissement du client ou client potentiel, y compris sa tolérance au risque, incluent, le cas échéant, des informations sur la durée pendant laquelle il souhaite conserver l'investissement, ses préférences en matière de prise de risques, son profil de risque, ainsi que le but de l'investissement. Chaque fois, le niveau des informations recueillies est adapté au type

(137) C. assur., art. L. 522-3, al. 2.

(138) Rapp. : C. assur., art. L. 521-4.

(139) C. assur., art. L. 522-5-1, transposé de l'article 30-2 de la directive.

(140) Au passage, on remarquera la subtilité dans le choix des adjectifs, là où *Le trésor de la langue française* voit dans le caractère adéquat « ce qui est exactement approprié ». Tout au plus pourra-t-on soutenir que l'exigence de l'adéquation est d'un degré supérieur (exactement) à l'appropriation définie comme « l'action d'adapter quelque chose à un usage déterminé ».

(141) C. assur., art. L. 522-5-II, transposé de l'article 30-1 de la directive.

(142) C. assur., art. L. 525-5-I, al. 2.

(143) Règlement délégué n° 2017/2359 : art. 20 : « Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre ».

(144) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 17 :

« a) les types de services, de transactions, de produits d'investissement fondés sur l'assurance ou d'instruments financiers qui sont familiers au client ou client potentiel ;

b) la nature, le nombre, la valeur et la fréquence des transactions du client ou client potentiel sur des produits d'investissement fondés sur l'assurance ou des instruments financiers, et la période durant laquelle ces transactions ont été effectuées ; c) le niveau d'éducation et la profession ou, si elle est pertinente, l'ancienne profession du client ou client potentiel. »

(145) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 9-2.

spécifique de produit ou de service considéré⁽¹⁴⁶⁾. Les intermédiaires d'assurance et les entreprises d'assurance prennent toutes mesures raisonnables pour faire en sorte que les informations recueillies concernant leurs clients et clients potentiels aux fins de l'évaluation de l'adéquation soient fiables⁽¹⁴⁷⁾.

b. Délivrance d'un conseil

Après cette quête d'informations et avant la souscription ou l'adhésion à l'un de ces contrats, l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire d'assurance doit consigner par écrit les exigences et les besoins exprimés par le client et les raisons justifiant le « caractère approprié du contrat proposé »⁽¹⁴⁸⁾. L'évaluation du caractère approprié du contrat suppose que le contrat proposé est cohérent avec les exigences et les besoins du client et que le client possède les connaissances et l'expérience nécessaires pour comprendre les risques qu'implique le produit ou le service proposé ou demandé⁽¹⁴⁹⁾. Un tel écrit devra être considéré comme un document précontractuel entre les éventuelles parties au futur contrat⁽¹⁵⁰⁾.

Pour une évaluation de l'adéquation dans le cadre d'un service de recommandation personnalisée, l'intermédiaire d'assurance ou l'entreprise d'assurance s'engagera par une déclaration d'adéquation nécessairement écrite dans laquelle il ou elle rappelleront les grandes lignes des conseils donnés, sa compatibilité avec les informations recueillies du client. Elle expliquera en quoi, parmi différents contrats ou différentes options d'investissement au sein d'un contrat, un ou plusieurs contrats ou options sont plus adéquats aux exigences et besoins du client et en particulier plus adaptés à sa tolérance aux risques et à sa capacité à subir des pertes⁽¹⁵¹⁾.

L'évaluation de l'adéquation vaut pour le moment où est préparé l'engagement dans un contrat qui a vocation à durer. Elle doit attirer l'attention du client sur le fait que les produits d'investissement fondés sur l'assurance recommandée sont susceptibles ou non de les obliger à demander un réexamen périodique de leurs accords. Le rapport périodique obligatoirement fourni au client, au moins une fois par an, sur un support durable, concernant les services fournis et les transactions effectuées pour son compte permettra de vérifier si le ou les contrats retenus avec les options choisies, sont toujours en adéquation avec les exigences et les besoins du client.

Dans le cas où l'intermédiaire d'assurance ou l'entreprise d'assurance n'obtiennent pas les informations requises⁽¹⁵²⁾ ou si aucun des produits n'est adéquat pour le client ou le client potentiel⁽¹⁵³⁾, ils s'abstiennent de fournir au client ou client potentiel concerné des conseils sur les produits d'investissement fondés sur l'assurance.

C. Respect des formes

L'incorporation dans des formes matérielles ou sensibles est la condition indispensable pour garantir aux informations et conseils distillés

avant la conclusion des contrats d'assurance leur pleine efficacité pour éclairer la prise de décision du souscripteur et pour permettre par leur enregistrement chez le distributeur la surveillance par l'autorité compétente du respect de ses obligations par l'appareil de distribution.

1. Support des informations délivrées au client

La communication des informations et des recommandations fournies par les distributeurs aux souscripteurs ou adhérents obéit à un **formalisme pointilleux** pour la compréhension duquel il faut combiner les dispositions législatives et réglementaires. Concernant les « informations à fournir » en application des articles L. 521-2 à L. 521-3 et L. 522-3 et L. 522-4, elles seront jointes au projet de contrat et à la fiche d'information normalisée sur le produit d'assurance mentionné à l'article L. 112-2, pour être « communiqués au souscripteur ou à l'adhérent de manière claire, exacte et non trompeuse »⁽¹⁵⁴⁾.

Sous quelle forme et quel support ? La loi pose le principe de la communication par écrit aussi bien pour les « informations à fournir » que pour le service de conseil et recommandation⁽¹⁵⁵⁾. Le support papier est privilégié. Mais tout autre support durable au sens de l'article L. 111-9 est possible⁽¹⁵⁶⁾, à condition que le distributeur ait vérifié que le support soit approprié aux opérations commerciales avec le souscripteur ou l'adhérent et que celui-ci l'ait accepté après s'être vu proposer le papier⁽¹⁵⁷⁾ ; autrement dit : que le souscripteur soit en mesure d'y avoir un accès aisé et durable. La fourniture par le souscripteur ou l'adhérent d'une adresse électronique à cette fin, dont la validité est vérifiée par le distributeur, constituera un élément de preuve de l'exécution de l'obligation⁽¹⁵⁸⁾.

L'ouverture maintenant acquise de la commercialisation à distance obligeait à des aménagements qui soient sans concession par rapport à la protection des droits du consommateur d'assurance. Les informations précontractuelles obligatoires et les recommandations peuvent également être fournies au moyen d'un site internet si elles sont adressées personnellement au souscripteur ou adhérent. Cela suppose toutefois que ce moyen soit approprié aux opérations commerciales entre le distributeur et le souscripteur et adhérent ; qu'il ait donné son accord à l'utilisation de ce moyen ; que le distributeur a notifié par voie électronique au souscripteur ou adhérent l'adresse du site internet ainsi que l'endroit sur ce site où ces informations peuvent être trouvées ; et que l'accès des informations susmentionnées sur le site internet soit garanti pendant une durée raisonnable garantissant leur consultation possible par le souscripteur ou adhérent⁽¹⁵⁹⁾. Même dans cette éventualité, un exemplaire sur support papier en est gratuitement fourni au souscripteur ou à l'adhérent à sa demande⁽¹⁶⁰⁾.

(146) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 9-3.

(147) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 10.

(148) C. assur., art. L. 522-5-I.

(149) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 15.

(150) Ils serviront à nourrir les archives du distributeur, tenu d'en conserver l'enregistrement aux fins de mise à disposition des autorités de contrôle ; v. *infra*.

(151) C. assur., art. L. 522-5-II.

(152) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 9-5.

(153) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 9-6.

(154) C. assur., art. R. 521-2-I.

(155) C. assur., art. L. 521-6, al. 1^{er}.

(156) « Constitue un support durable, au sens du présent code, tout instrument offrant la possibilité à l'assuré, à l'assureur, à l'intermédiaire ou au souscripteur d'un contrat d'assurance de groupe de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement, afin de pouvoir s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées, et qui permet la reproduction à l'identique des informations conservées ».

(157) C. assur., art. L. 521-6.

(158) C. assur., art. R. 521-2-I.

(159) C. assur., art. L. 521-6.

(160) C. assur., art. R. 521-2-I, al. 2.

L'exigence qui se confirme est que le souscripteur auquel est faite cette offre de contrat d'assurance soit en mesure de se reporter à tout moment aux informations données pour mûrir sa décision de souscrire et après la souscription de disposer des informations utiles pour le suivi de son contrat. Le support durable est l'écrit, qu'il soit imprimé sur papier ou stocké numériquement en mémoire, car il pourra le relire. Et pour donner tout son sens à cet effort d'information et de conseil préalable à l'engagement dans le contrat d'assurance, l'article R. 521-2-II renvoyant à l'article L. 112-2-1 du Code des assurances ouvrant notamment le droit à renoncer au contrat conclu, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités, dans un délai de 14 jours, porté à 30 jours pour un contrat d'assurance vie.

De telles exigences de forme laisseraient hors du champ de la distribution d'assurance à distance la voie téléphonique quelles que soient les informations communiquées. Les paroles s'envolent, les écrits restent ! Or il est au moins une situation où l'engagement dans un contrat d'assurance par un échange de paroles peut être précieux : l'urgence d'une couverture, précisément par une note de couverture. Le détail de la réglementation y pourvoit en ciselant une exception à la contrainte de l'écrit préalable : « lorsque le contrat d'assurance est conclu à la demande du souscripteur ou de l'adhérent en utilisant une technique à distance ne permettant pas la transmission des informations sur support papier ou sur un autre support durable, le distributeur met les informations relatives à ce contrat à la disposition du souscripteur ou de l'adhérent sur support papier ou tout autre support durable auquel il a facilement accès, immédiatement après la conclusion du contrat »⁽¹⁶¹⁾. De cette règle déjà présente sous une autre forme dans le code, l'ACPR a fait une interprétation stricte de l'exception en distinguant les « appels sortants » des « appels entrants ». L'appel entrant à l'initiative du souscripteur est distingué de l'appel sortant qui désigne le démarchage par téléphone. Selon l'ACPR, la vente d'assurance par démarchage téléphonique, ne pourrait jamais bénéficier de la remise des documents précontractuels... après la conclusion du contrat⁽¹⁶²⁾.

2. Enregistrements des évaluations de l'adéquation ou du caractère approprié

Spécialement pour les contrats de capitalisation et les contrats d'assurance vie adossés à un produit d'investissement, les intermédiaires d'assurance et les entreprises d'assurance en leur qualité de distributeurs ont l'obligation de stocker dans les archives du distributeur les

évaluations de l'adéquation ou du caractère approprié des contrats conseillés ou recommandés, réalisées en vertu des dispositions combinées des articles L. 522-5 du Code des assurances, 14 et 15 du règlement délégué pour qu'elles soient consultables par l'autorité de contrôle⁽¹⁶³⁾. « Ces enregistrements comportent notamment les informations obtenues du client et tout document convenu avec lui, y compris les documents définissant les droits des parties ainsi que les autres conditions auxquelles l'intermédiaire d'assurance ou l'entreprise d'assurance fourniront des services au client »⁽¹⁶⁴⁾. Ces enregistrements sont conservés au moins pendant la durée de la relation entre l'intermédiaire ou l'entreprise d'assurance et le client.

Conclusion : La qualité de ce service intermédiaire incombant au distributeur est dans l'orientation du souscripteur ou de l'adhérent vers le service d'assurance présentant la meilleure adéquation au regard des besoins du client dans le meilleur rapport qualité/prix. Le législateur européen, relayé par le législateur national y a mis les moyens. Le corpus juridique qui structure l'appareil de distribution de l'assurance est foisonnant. Le document contractuel qui porte le contrat d'assurance en préparation prend de l'embonpoint. Que faut-il espérer de ces nouveautés ?

La trace conservée des échanges d'informations et de conseils entre le distributeur d'assurance et les souscripteurs assurés servira à l'évidence à éclairer le contentieux individuel qu'aucune réforme ne saurait tarir, celui de l'assuré créancier dans l'acte de distribution, mais frustré d'une garantie ou d'un gain espérés de l'acte d'assurance. Il pourra mettre à l'épreuve devant le juge l'exhaustivité de l'information et la qualité du conseil dont il reste de consommateur à défaut d'en être toujours le lecteur attentif. De son côté, « l'autorité compétente », selon les termes de la directive et de l'ordonnance qui ne sera autre pour la France que l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution, disciplinera le marché unique de l'assurance dans l'intérêt du consommateur d'assurance, si elle veut bien se saisir des pouvoirs que lui donne la réforme entreprise pour assurer la surveillance de l'appareil de distribution de l'assurance⁽¹⁶⁵⁾.

(161) C. assur., art. R. 521-2-II.

(162) ACPR, déc. n° 2017-09, 26 févr. 2018 : *Argus de l'assurance*, 20 avr. 2018, n° 7552, p. 44.

(163) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 19.

(164) Règlement délégué n° 2017/2359, art. 19, al. 1^{er}.

(165) On murmure déjà qu'une pièce pourrait être ajoutée à l'édifice sous la forme d'associations professionnelles d'un nouveau genre, agréées par l'ACPR, réservées aux courtiers, passage obligé pour demander l'immatriculation à l'ORIAS, chargées de missions d'accompagnement et de vigilance en matière d'exercice de l'activité et qui disposeraient d'un pouvoir disciplinaire sur ses membres. Le projet de loi ratifiant l'ordonnance pourrait intégrer cette marche vers « autorégulation du courtage » (*L'Argus de l'Assurance*, 21 sept. 2018, n° 7571).