

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

P.-G. Marly, *Une réforme du courtage et (incidemment) du démarchage en assurance*, *bjda.fr* 2021, n° 75

Une réforme du courtage et (incidemment) du démarchage en assurance
(loi n° 2021-402 du 8 avril 2021)

Pierre-Grégoire Marly
Agrégé des facultés de droit
Professeur à l'Université du Mans
Directeur du Master de droit des assurances
Président du Forum du droit des assurances

**Assurance – Distribution - Courtage – Autorégulation - Associations professionnelles –
Démarchage téléphonique – Contrat - Vente en deux temps - Formalisme**

La loi n° 2021-402 du 8 avril 2021 introduit deux dispositifs distincts qui entreront en application à compter du 1^{er} avril 2022. D'une part, les courtiers en contrats d'assurance, en opérations de banque et en services de paiement devront adhérer, ainsi que leurs mandataires, à des associations professionnelles agréées afin de pouvoir exercer leur activité. D'autre part, la distribution d'assurances aux consommateurs par voie téléphonique obligera leurs auteurs à suivre un processus commercial qui s'oppose à la vente en un temps et solennise la souscription du contrat.

1. A propos du courtage

C'est au terme d'une procédure législative accélérée que fut publiée la réforme du courtage dans les secteurs de la banque et de l'assurance. Il faut dire que cette réforme figurait initialement dans la loi « Pacte » du 22 mai 2019 avant d'en être soustraite par le Conseil constitutionnel y décelant un cavalier législatif¹. Rien ne garantit toutefois que le couperet constitutionnel ne tombe à nouveau, au motif cette fois que le texte adopté porte atteinte aux

¹ Cons. Const., 16 mai 2019, n°2019-781 DC.

libertés du commerce et d'association². C'est aussi d'inconventionnalité que ce texte pourrait être atteint pour son éventuelle contrariété à la directive (UE) 2016/97 sur la distribution d'assurances (DDA) qui, en son article 12, prévoit que les autorités chargées de sa mise en œuvre ne peuvent être « *des associations dont les membres comprennent directement ou indirectement des entreprises d'assurance ou de réassurance ou des intermédiaires d'assurance ou de réassurance* » (pt. 2)³. En somme, malgré leurs efforts afin de pallier ces différents griefs, il n'est pas certain que les artisans de la réforme l'aient immunisée contre un risque de censure.

De fait, cette réforme investit des associations professionnelles d'importants pouvoirs à l'endroit des courtiers et de leurs mandataires. Parmi les distributeurs d'assurances, seuls ces professionnels sont donc tenus d'adhérer à une association, les assureurs et les agents généraux, ainsi que leurs mandataires respectifs, en étant dispensés⁴. Du reste, au sein des courtiers et de leurs mandataires, l'adhésion est facultative pour ceux qui opèrent en France sous passeport européen, pour les établissements de crédit, les sociétés de financement, les sociétés de gestion de portefeuille, les entreprises d'investissement et les agents généraux exerçant à titre accessoire une activité de courtage⁵.

Ce double cantonnement du champ d'application de la réforme est-il justifié ? Certes, les courtiers échappent théoriquement au contrôle des assureurs, là où les agents généraux y sont étroitement soumis en leur qualité de mandataire exclusif. Reste qu'en pratique, dans le cadre de la gouvernance des produits qu'ils commercialisent, et plus encore de la gestion de sinistres qui peut leur être confiée, les courtiers ne peuvent échapper à un contrôle que rend nécessaire la responsabilité de leurs partenaires assureurs. Ce nonobstant, le courtage demeure une activité commerciale dont l'indépendance intrinsèque permet de justifier qu'un dispositif d'autocontrôle lui soit dédié. Quant au caractère optionnel de ce dispositif pour certains courtiers à titre accessoire, le contrôle dont ceux-ci font l'objet au titre de leur principale activité peut en fournir un motif recevable.

Plus critiquables sont les prérogatives dévolues aux associations professionnelles, fussent-elles étroitement surveillées par l'ACPR qui est chargée de leur agrément⁶.

En premier lieu, ces associations ont le pouvoir d'accepter ou de refuser l'adhésion d'un nouveau membre⁷, comme celui de radier un membre existant⁸. Bien que ces décisions individuelles soient strictement encadrées, elles n'en confèrent pas moins à leurs auteurs un droit de vie ou de mort sur les courtiers dont l'activité est subordonnée à une filiation associative. Du reste, quoiqu'ils puissent s'apparenter à des actes administratifs, la loi réserve l'examen d'éventuels recours contre le refus d'adhésion ou la radiation d'office aux tribunaux judiciaires⁹.

² L. Mayaux, *Auto-régulation du courtage d'assurance. Le retour des corporations*, JCP G, n°18, 3 mai 2021, p. 852 ; S. Hadri, *La réforme du courtage : l'ombre de la censure du Conseil constitutionnel*, L'Argus de l'assurance, 9 mars 2021.

³ Rapp. J. Moreau, *Bref commentaire du projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2018-361 du 16 mai 2018 relative à la distribution d'assurances*, RGDA, avr. 2019, p.5.

⁴ C. ass., art. L. 513-3, I.

⁵ C. ass., art. L. 513-3, II.

⁶ C. ass., art. L. 513-5.

⁷ C. ass., art. L. 513-4.

⁸ C. ass., art. L. 513-6.

⁹ C. ass., art. L. 513-4 (refus d'adhésion) et L. 513-6 (radiation d'office).

En second lieu, « chargée du suivi de l'activité et de l'accompagnement de ses membres », l'association professionnelle « vérifie les conditions d'accès et d'exercice de leur activité ainsi que leur respect des exigences professionnelles et organisationnelles et offre un service d'accompagnement et d'observation de l'activité et des pratiques professionnelles, notamment par la collecte de données statistiques »¹⁰. L'accompagnement offert par l'association est illustré par le service de médiation qu'elle doit offrir à ses membres, sans que l'on sache si ce service sera restreint aux différends entre courtiers ou étendu à tout litige impliquant l'un d'eux¹¹. Quant au suivi, il porte par déduction sur le respect par les adhérents d'une dizaine de textes législatifs¹², étant précisé que l'association qui le diligente n'a pas la compétence pour sanctionner les manquements qu'elle pourrait constater¹³.

A l'examen, cette incompétence est moins claire qu'elle n'y paraît. D'une part, l'association peut radier d'office l'un de ses membres s'il « ne remplit plus les conditions ou les engagements auxquels était subordonnée son adhésion »¹⁴. Or, l'absence de précision sur la teneur de ces « conditions » ou « engagements » fait du retrait de l'adhérent qui ne s'y conformerait pas une arme redoutable aux mains des associations. D'autre part, ce n'est pas sans une *contradictio in terminis* que le futur article L.513-5, II, du Code des assurances requiert de ces associations qu'à l'occasion de leur agrément elles fassent approuver par l'ACPR « les sanctions qu'elles sont susceptibles de prononcer à l'encontre des membres ». En elles-mêmes Inhabiles à sanctionner leurs adhérents, les associations le deviendraient-elles par délégation de l'ACPR ? Enfin, l'article L.513-5 précité confère à ces associations le pouvoir de « formuler à l'intention de leurs membres des recommandations relatives à la fourniture de conseils, aux pratiques de vente et à la prévention des conflits d'intérêts ». Sachant combien il est difficile d'apprécier clairement la portée normative des recommandations édictées par une autorité administrative indépendante telle que l'ACPR¹⁵, que vaudront celles émanant d'une association professionnelle ? Du reste, s'agit-il de recommandations individuelles ou/et collectives ? Une chose est certaine, cette *soft law* traduit un processus d'autorégulation et non de co-régulation comme celui qui est à l'œuvre dans les associations de conseillers en investissements financiers (CIF).

Au bilan, la réforme du courtage, dont l'analyse proposée ci-dessus en matière d'assurance est transposable *mutatis mutandis* en matière bancaire, soulève des interrogations que le décret à venir pourrait en partie combler¹⁶. En outre, l'analogie avec les associations de CIF peut à certains égards fournir d'ores et déjà quelques réponses¹⁷. Subsiste néanmoins un doute sur la survie d'un texte qui, en imposant à certains courtiers d'adhérer à une association aux fins d'exercer leur activité, semble ajouter aux conditions prescrites par le droit européen et écorner plusieurs libertés fondamentales. Dépassant cette semblance, une analyse plus fine de ce texte qui joue avec les nuances pourrait toutefois étayer son respect de la hiérarchie des normes.

¹⁰ C. ass., art. L. 513-3.

¹¹ C. ass., art. L. 513-3, I.

¹² C. ass., art. L. 512-3 à L. 512-7 (conditions d'accès et d'exercice), art. L. 511-2 et L. 511-3 (exigences professionnelles) et art. L. 511-4 à L. 511-6 (exigences organisationnelles).

¹³ C. ass., art. L. 513-6, II.

¹⁴ C. ass., art. L. 513-6, I.

¹⁵ C. Mon. et Fin., art. L. 612-1, II, 3° et L. 612-29-1, al. 2. Cf. P.-G. Marly, *La production normative de l'ACPR*, in *Le Droit souple démasqué*, éd. Pédone, 2018, p. 135.

¹⁶ C. mon. fin., art. L. 541-4.

¹⁷ C. ass., art. L. 519-17.

2. A propos du démarchage

Tardivement inscrit dans la proposition de loi réformant le courtage, un futur article L. 112-2-2 du Code des assurances consacre en substance l'avis rendu le 19 novembre 2019 par le Comité consultatif du secteur financier (CCSF) « *sur le démarchage téléphonique en assurance* »¹⁸. Il est vrai que cet avis, bien que constatant un accord de place qui fut de surcroît relayé par l'ACPR, n'a pas la force persuasive du véhicule législatif. Reste que celui-ci ne retranscrit pas à l'identique celui-là, de sorte que sa mise en œuvre soulève quelques difficultés qu'un prochain décret devrait toutefois contribuer à régler.

Le nouveau dispositif s'applique aux distributeurs (*i.e.* les assureurs et les intermédiaires d'assurance à titre principal ou accessoire) qui « *contacte(nt) par téléphone un souscripteur ou un adhérent éventuel en vue de conclure un contrat d'assurance qui n'entre pas dans le cadre de l'activité commerciale ou professionnelle du souscripteur ou de l'adhérent éventuel* »¹⁹. De prime abord, y seraient également assujettis les distributeurs opérant en France sous le régime de la libre prestation de services (LPS)²⁰. Reste qu'un tel assujettissement ne devrait pas permettre à l'ACPR et la DGCCRF de contrôler ces opérateurs européens à travers notamment les enregistrements des appels non-sollicités qu'ils auraient l'obligation de conserver conformément au nouveau dispositif. Quant aux assurés protégés, ce sont des consommateurs, sous réserve toutefois qu'ils ne soient pas liés par un contrat en cours avec le distributeur qui les démarché et qu'ils n'aient pas sollicité ni consenti à un tel démarchage²¹. Concernant la première réserve, notons que le texte ne précise pas si le contrat en cours doit nécessairement être un contrat d'assurance, auquel cas seuls les distributeurs assureurs seraient intéressés, ou si tout autre contrat liant le démarcheur au prospect pourrait être pris en considération. Quant à la seconde réserve, il est précisé qu'incombe au professionnel la charge d'établir que son interlocuteur a engagé « *de manière claire, libre et sans équivoque une démarche expresse en ce sens* »²².

En dehors de ces exceptions, la distribution d'assurances par téléphone devra impérativement suivre, à compter du 1^{er} avril 2022, plusieurs étapes dont la première réside dans l'obtention par le démarcheur d'un accord préalable du potentiel souscripteur à la poursuite de la communication. Sans cet accord, le distributeur devra mettre fin sans délai à l'appel et s'abstenir de rappeler. Il en est de même lorsqu'après avoir donné son accord, le prospect manifeste une absence d'intérêt ou son souhait de ne pas donner suite à la proposition commerciale.

Si son interlocuteur est intéressé, le distributeur devra vérifier que ce dernier « *peut résilier son contrat en cours concomitamment à la prise d'effet du contrat proposé si son offre concerne un risque déjà couvert* ». De fait, il s'agit d'éviter que l'assuré ne soit doublement garanti contre un même risque. Au-delà, le professionnel sera tenu de démontrer que son offre est plus avantageuse pour l'assuré que le contrat en cours, puis de procéder à la résiliation de ce dernier pour le compte du preneur si celui-ci en fait la demande.

¹⁸ Cf. *Banque & Droit*, n°188, nov.-déc. 2019, p. 68, note P.-G. Marly.

¹⁹ C. ass., art.L.122-2-2, I.

²⁰ Outre que l'ensemble des dispositions du Livre I du Code des assurances sont applicables à ces acteurs européens, l'article L.112-2-2 renvoie au distributeur au sens du III de l'article L.511-1, lequel vise tout intermédiaire et, au-delà, toute entreprise d'assurance distribuant ses propres contrats y compris ceux et celles habilités à opérer en France en LPS.

²¹ C. ass., art.L.122-2-2, V.

²² *Idem.*

Poursuivant ses diligences préalables, le distributeur devra s'assurer de la « *bonne réception* » par le prospect des documents informatifs qu'exigent les livres 1^{er} et 5 du Code des assurances, ainsi que l'article L. 222-6 du Code de la consommation. Quoique le processus commercial soit ici oral, l'information n'en doit pas moins être transmise sur support durable, le professionnel pouvant alors vérifier sa « *bonne réception* » au moyen de la création d'un espace personnel et non simplement l'envoi d'un lien électronique.

En toute occurrence, un délai minimal de vingt-quatre heures devra être respecté entre cette réception et tout nouveau contact téléphonique fixé après accord exprès du souscripteur. C'est dire que le prospect ne pourra exprimer son consentement au cours du premier entretien - ce qui condamne la vente « *en un temps* » - et sera contraint à un délai de réflexion²³, sans préjudice du droit que lui accorde la loi de se rétracter²⁴.

Cette étape franchie, le prospect « *ne peut consentir au contrat qu'en le signant* »²⁵. Même électronique, cette signature ne pourra être apposée au cours d'un appel téléphonique et moins de vingt-quatre heures après la réception des informations précitées. Sur le fond, cette disposition porte donc un coup cinglant au caractère consensuel du contrat d'assurance : sans signature, pas de consentement ; sans consentement, pas de contrat. C'est dire que cette signature, loin d'être ici une simple formalité probatoire, est érigée par le législateur en une solennité à laquelle il subordonne la validité du contrat. Aujourd'hui circonscrite aux assurances commercialisées par voie téléphonique, cette solennité pourrait bien un jour être requise quel que soit le mode de distribution.

Enfin, une fois la signature du contrat, le distributeur devra sans délai adresser au souscripteur une « *lettre de bienvenue* » (selon l'expression du CCSF), principalement destinée à lui rappeler qu'il est désormais engagé²⁶. En outre, cette lettre l'informera « *des dates de conclusion et de prise d'effet du contrat, de son éventuel droit de renonciation et des modalités d'exercice de ce droit, notamment l'adresse à laquelle la notification de la renonciation doit être envoyée ainsi que les modalités d'examen des réclamations que le souscripteur peut formuler au sujet du contrat* ».

Ce processus achevé, il est encore prévu que le distributeur conserve pendant deux ans toutes les communications téléphoniques intervenues avant la souscription du contrat distribué et dont il est ainsi tenu d'enregistrer l'intégralité comme de garantir la traçabilité²⁷. Ces obligations ont pour objectif affiché de permettre à l'ACPR et à la DGCCRF (spécialement la Direction départementale de la protection des populations – DDPP) de contrôler le respect de l'article L.122-2-2.

Loi n° 2021-402 du 8 avril 2021 relative à la réforme du courtage de l'assurance et du courtage en opérations de banque et en services de paiement, JORF n°0084 du 9 avril 2021 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043339224/>

²³ Comp. C. civ., art. 1122.

²⁴ C. ass., art. L. 112-2-1, II.

²⁵ C. ass., art.L.122-2-2, II.

²⁶ C. ass., art.L.122-2-2, III.

²⁷ C. ass., art.L.122-2-2, IV.

