

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

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

P.-G. Marly, Précisions de la Commission européenne sur la gouvernance des produits d'assurance, bjda.fr 2021, n° 75

Précisions de la Commission européenne sur la gouvernance des produits d'assurance

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

Gouvernance des produits – Produits sur mesures – Adaptations significatives d'un produit sur mesure

Saisie par le régulateur européen des assurances, la Commission européenne répond à diverses questions relatives à la directive sur la distribution d'assurance, spécialement son volet consacré à la gouvernance et la surveillance des produits.

Comme l'y autorise le règlement qui l'institua en 2010¹, l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP ou EIOPA) a saisi la Commission européenne de plusieurs questions requérant son interprétation de la directive (UE) 2016/97 sur la distribution d'assurances (DDA) ainsi que ses mesures d'application². Sans surprise, ces questions portent notamment sur la gouvernance et la surveillance des produits (POG) qui forme incontestablement la principale innovation de la directive précitée³.

¹ Règl.(UE) n° 1094/2010, art. 16 ter, 5.

² *Questions & Answers on the Insurance Distribution Directive*, disponible sur le site d'EIOPA : https://www.eiopa.europa.eu/content/questions-answers-insurance-distribution-directive_en

³ Cf. P.-G. Marly, *La surveillance et la gouvernance des produits*, RTDF 2/2016 ; *Précisions d'EIOPA sur la gouvernance des produits d'assurance*, RTDF 3/2020.

Plus surprenantes, en revanche, sont les réponses de la Commission à certaines de ces questions, notamment celle relative au domaine *ratione materiae* de la POG : un processus de gouvernance est-il requis pour tout produit d'assurance, quel que soit le nombre de clients auquel il est destiné⁴ ? Selon les commissaires européens, l'article 25 de la DDA ne distingue pas entre les contrats d'assurance et « *ne contient aucun élément qui pourrait justifier une exclusion des produits "sur mesure" conçus pour un client ou un très petit nombre de clients* ». Le seul tempérament à cette indifférence s'évincerait du principe du proportionnalité que l'article 25 précité traduit en ces termes : « *le processus d'approbation des produits est proportionné et approprié à la nature du produit d'assurance* »⁵. Partant, « *une entreprise ou un intermédiaire d'assurance qui conçoit un produit "sur-mesure" devrait donc se conformer aux exigences de surveillance et de gouvernance des produits énoncées à l'article 25 de la DDA d'une manière qui soit proportionnée et appropriée au caractère spécifique de ce produit d'assurance* ».

Cette inclusion des produits sur mesure dans le giron de la POG a de quoi étonner. En effet, l'article 3.3 du règlement délégué (UE) 2017/2358 consacré à la POG énonce que « *la personnalisation et l'adaptation de produits d'assurance existants pour des clients individuels dans le cadre des activités de distribution d'assurances, ainsi que l'élaboration de contrats sur mesure à la demande d'un client donné, ne sont pas considérées comme de la conception de produits d'assurance* ». D'où il s'infère que l'élaboration d'un contrat d'assurance sur mesure échappe aux exigences de la POG, spécialement au processus de validation définissant un marché cible⁶. Du reste, comment un contrat sur mesure, par essence individualisé, pourrait-il faire l'objet d'un marché cible, par définition collectif et ordonné autour d'une communauté de caractéristiques, d'objectifs et de besoins ? Sans doute, cette incompatibilité explique-t-elle que dans un jeu de questions-réponses qu'elle publia sur son site en 2018, EIOPA se soit précisément prononcé en faveur de l'inapplicabilité de la DDA aux produits sur mesure⁷.

La question suivante a trait aux « *adaptations significatives d'un produit existant* » qui doivent faire l'objet d'un processus de validation au même titre que l'élaboration d'un nouveau produit⁸. La notion d'adaptation significative n'est pas définie par la DDA, ni par le règlement délégué (UE) 2017/2358. En revanche, dans son « Guide d'aide au remplissage du Questionnaire sur les pratiques commerciales et la protection de la clientèle – Assurance », l'ACPR l'assimile à celle de « *modification substantielle* » qui, selon superviseur national, « *recouvre notamment, sans que cette liste soit exhaustive, des évolutions notables concernant une ou plusieurs caractéristiques essentielles ou principales d'un produit déjà commercialisé, de son mode de distribution, de la clientèle cible* », étant précisé que ces évolutions « *peuvent, le cas échéant, résulter d'une mise en conformité avec des dispositions légales ou réglementaires* ».

⁴ Question n°2265.

⁵ *Adde.* Règl. dél. (UE) 2017/2358, cons. 2.

⁶ Notons que l'article L. 516-2 du Code des assurances, sans préjudice du règlement délégué qui est d'application directe, exclut de la POG les contrats portant sur des « grands risques » au sens de l'article L. 111-6 du même code ainsi que les contrats complémentaires santé visés à l'article L.861-4, b., du Code de la sécurité sociale.

⁷ Question n° 1670.

⁸ C. ass., art. L. 516-1., I., al.1. ; Dir. (UE) 2016/97, art. 25 (1.) ; Règl. dél. (UE) 2017/2358, art. 4.1. Précisons qu'en dehors d'adaptations significatives, les produits existants, qui sont donc sur le marché lors de l'entrée en application de la DDA, ne doivent pas faire l'objet d'un processus de validation, ni de suivi, ce que confirme la Commission européenne en réponse à la question n°2267 : « *les produits d'assurance existants ne sont couverts par les exigences de l'article 25 de la DDA que s'ils font l'objet d'"adaptations significatives"*. Pour les produits qui continuent à être commercialisés sans adaptations significatives, les fabricants n'ont donc pas à se conformer aux exigences de surveillance et de gouvernance des produits. Cela s'applique aux essais et à l'examen du produit, car l'examen est explicitement mentionné à l'article 25, paragraphe 1, de la directive sur les produits dangereux comme un élément du processus d'approbation du produit. »

De son côté, l'instruction ACPR 2017-I-21, aujourd'hui abrogée et relative au questionnaire précité, visait plus précisément « *les évolutions importantes des contrats déjà commercialisés en termes de caractéristiques du contrat ou des garanties (adjonction/retrait/modification importantes des garanties notamment), de taux garanti, d'offre de supports d'unités de compte (notamment adjonction d'un support dont les caractéristiques juridiques et financières sont uniques dans la gamme de support ou transformation de supports), de clientèle cible, de canaux/modes de distribution, etc.* » Il s'en déduisait *a contrario* que des modifications formelles de conditions générales à dessein de clarifier une clause, des modifications de tarif (hors taux garantis) ou de frais, ou l'introduction d'un support d'UC dont les caractéristiques existent déjà dans la gamme proposée, ne constituaient pas des changements « *significatifs* ». Par comparaison, la Commission européenne semble développer une conception plus subjective de tels changements dont le caractère « *significatif* » doit, selon elle, être apprécié en premier lieu du point de vue de l'assuré moyen : « *un critère important consiste à se demander si l'adaptation du produit d'assurance modifie la compatibilité du produit par rapport au marché cible et nécessite une adaptation du marché cible* ». Par suite, ce critère est ainsi illustré : « *l'adaptation de la structure des prix et des coûts à l'inflation peut être considérée comme insignifiante, alors qu'une augmentation des prix/coûts qui a un impact substantiel sur le rendement d'un produit d'investissement basé sur l'assurance doit être considérée comme significative car cette augmentation modifie les attentes de rendement du produit d'investissement basé sur l'assurance* ». C'est dire qu'il n'est pas de modification significative *en soi*, d'où une incontournable casuistique dans la reconnaissance de cette caractéristique à chaque changement affectant une gamme de produits déjà sur le marché. Enfin, si le dispositif de gouvernance d'un produit donné s'avère adéquate, en ce sens notamment que son marché cible et ses modalités de distribution sont adaptés, le concepteur peut-il être tenu responsable du préjudice subi par un assuré ? La réponse à cette question ne pouvait être que positive, le respect de la POG n'ayant guère pour effet d'exonérer le concepteur de sa responsabilité dès l'instant où, par sa faute ou celle des intermédiaires dont il répond civilement, un souscripteur a souffert d'un dommage. C'est, en substance, ce que rappelle la Commission en renvoyant aux droits des États membres en matière de responsabilité civile.

Questions & Answers on the Insurance Distribution Directive, disponible sur le site d'EIOPA :

https://www.eiopa.europa.eu/content/questions-answers-insurance-distribution-directive_en