

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

**CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :**

**D. Coudreau, *Recommandation ACPR relative à la directive sur la distribution d'assurance*, bjda.fr 2023, n° 88**

## **Recommandation ACPR relative à la directive sur la distribution d'assurance**

**Dimitri Coudreau**  
Avocat associé, Focal Avocat

### **Distribution d'assurance - Recommandation ACPR – Directive – Gouvernance et surveillance des produits d'assurance – Rémunération – Conflit d'intérêt**

Le 1<sup>er</sup> octobre 2018 marquait l'entrée en vigueur de l'ordonnance de transposition de la directive sur la distribution d'assurance (DDA)<sup>1</sup>, qui a profondément marqué les esprits et généré de nombreux travaux de mise en conformité pour l'ensemble des organismes assureurs et intermédiaires en assurance, désormais soumis à des règles identiques en matière de protection de la clientèle.

Cette évolution a été très suivie et accompagnée par l'ACPR, qui publie à ce sujet des recommandations de bonnes pratiques à l'attention des distributeurs de produits d'assurance.

La recommandation 2023-R-01 du 17 juillet 2023 arrive à un moment charnière, peu de temps après la publication de la *Retail Investment Strategy* (RIS) par la Commission européenne<sup>2</sup>, laquelle va marquer le début du processus législatif concernant la révision de plusieurs directives européennes concernant la protection des investisseurs de détail, et après un cycle de contrôles sur place et sur pièces de l'Autorité de contrôle, notamment concernant des produit d'assurance vie avec valeur de rachat investis en unités de comptes, qui « *ont mis en évidence des pratiques hétérogènes, et pas toujours suffisamment respectueuses des intérêts de la clientèle* » selon le Régulateur.

Faut-il y voir une façon de donner des gages à l'Union européenne pour assurer la pérennité de notre modèle économique de la distribution d'assurance après plusieurs mois d'incertitude

---

<sup>1</sup> Ordonnance n° 2018-361 du 16 mai 2018 relative à la distribution d'assurance.

<sup>2</sup> V. D. Coudreau, Rémunération des distributeurs d'assurance vie : les propositions de la Retail Investment strategy, bjda.fr 2023, n° 87.

concernant le maintien du commissionnement comme modalité de rémunération de la distribution ?

Au-delà de ces considérations qui ont une réelle importance étant donné la teneur du projet de directive européenne concernant la révision de la DDA, il faut constater que le contenu de la recommandation de l'ACPR est relativement inégal : elle traite de deux sujets centraux portant d'une part, sur la gouvernance et la surveillance des produits d'assurance (ci-après « gouvernance produit ») et, d'autre part, sur la rémunération et les conflits d'intérêts.

Les recommandations portant sur le premier sujet permettent de donner une dimension opérationnelle à un sujet dont chacun peut s'accorder sur le fait que les textes applicables sont relativement vagues, et portent davantage des principes généraux dont la mise en œuvre n'est pas aisée. En revanche, les parties concernant le second sujet apportent peu d'éléments pratiques permettant aux distributeurs d'élaborer une stratégie de rémunération à la fois conforme et attractive commercialement.

Le présent article ne vise pas à entrer dans le détail de chaque recommandation, étant précisé que les bonnes pratiques de l'ACPR peuvent trouver un fondement juridique dans la majeure partie des cas, et qu'en tout état de cause la recommandation a fait l'objet de nombreux débats sur la Place par l'intermédiaire des fédérations professionnelles durant les mois qui ont précédé sa publication.

En revanche, il peut être utile pour le lecteur de disposer de clés de lecture entre les lignes d'une recommandation qui sera effective dès le 1<sup>er</sup> janvier 2024, ce qui suppose pour chaque acteur de s'interroger sur la conformité de son dispositif.

### **Point 1 : quel est l'objectif central de la DDA ?**

L'objectif central de la DDA est de protéger les intérêts de la clientèle, ce que rappelle le Régulateur dès l'introduction de sa recommandation, en indiquant avoir constaté des pratiques pas suffisamment respectueuses desdits intérêts.

Cela trouve une véritable traduction juridique, puisque l'article L.521-1 I. du Code des assurances prévoit que « *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* ».

Ce texte permet à l'ACPR d'appréhender et de sanctionner toute pratique en matière de distribution d'assurance qui ne serait pas spécifiquement régie par une disposition expresse du droit français ou européen.

Récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé que la protection des consommateurs d'assurance constitue le fondement de l'instauration d'une législation européenne harmonisant les règles régissant la distribution d'assurance, quel que soit le statut juridique du distributeur ou, les canaux et les schémas de distribution utilisés<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> CJUE, 29 sept. 2022, n° 633/20 §49 : « Comme il est énoncé aux considérants 6 et 16 de la directive 2016/97, **les consommateurs devraient bénéficier du même niveau de protection, quelles que soient les différences entre les canaux de distribution.** Ainsi qu'il est également reflété au considérant 16 de cette directive, les consommateurs peuvent tirer bénéfice du fait que les produits d'assurance sont distribués au moyen de divers canaux et par des intermédiaires dans le cadre de différentes formes de coopération avec les entreprises d'assurance, à condition que ces entités soient tenues d'appliquer des règles similaires en matière de protection

D'un point de vue opérationnel, l'intérêt des consommateurs se traduit par le fait que d'un bout à l'autre de la chaîne de distribution, chaque élément mis en œuvre doit permettre *in fine* à ce que les clients prennent des décisions en connaissance de cause concernant la couverture de leurs risques ou leurs décisions d'investissement.

La gouvernance produit est un vecteur très significatif de protection des intérêts des clients dès le stade de l'élaboration d'une offre d'assurance, raison pour laquelle ce sujet est particulièrement scruté par l'ACPR lors de ses contrôles, ce qui devrait encore s'intensifier à l'avenir.

## **Point 2 : les recommandations de l'ACPR sont-elles contraignantes ?**

Les recommandations de l'ACPR sont prises sur le fondement de l'article L.612-29-1 du Code monétaire et financier, dont l'alinéa 2 prévoit que « *l'Autorité peut [...] formuler des recommandations définissant des règles de bonne pratique professionnelle en matière de commercialisation et de protection de la clientèle* ».

L'Autorité de contrôle agit donc en vertu d'une disposition légale qui l'autorise à recommander des bonnes pratiques professionnelles. Mais, il s'agit davantage d'une invitation à suivre les recommandations, que d'une réelle contrainte, puisque les bonnes pratiques recommandées ne revêtent ni la valeur d'une loi ni celle d'un règlement, seuls le législateur et le pouvoir exécutif disposant d'une compétence pour édicter de telles normes.

Le Conseil d'Etat l'a rappelé dans une décision de 2016, en précisant que « *les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance*<sup>4</sup> ».

C'est précisément pour cette raison que le contenu de la recommandation de juillet 2023 est d'un contenu inégal. Les bonnes pratiques en matière de gouvernance produit constituent des retours d'expérience qui vont s'avérer très utiles pour les professionnels du marché.

En revanche, les bonnes pratiques en matière de rémunération sont difficilement perceptibles. Le droit applicable n'est pas particulièrement aisé à appréhender car il faut combiner plusieurs textes du Code des assurances<sup>5</sup>, ainsi qu'un règlement délégué de la Commission européenne, d'applicabilité directe en droit français. Mais, les dispositions qui en résultent fournissent un

---

*des consommateurs, et ce pour des raisons tenant également à la nécessité d'instituer des conditions de concurrence équitables entre tous les intermédiaires d'assurance et distributeurs de produits d'assurance. »*

<sup>4</sup> Conseil d'Etat, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> chambres réunies, 20 juin 2016, n° 384297 : dans cette affaire, la CSCA, le GEMA et la FBF avaient saisi le Conseil d'Etat pour solliciter l'annulation de la recommandation de l'ACPR du 3 juillet 2014 (2014-R-01) sur les conventions concernant la distribution des contrats d'assurance vie. La Haute juridiction avait validé la compétence du Régulateur en indiquant que « *l'ACPR s'est bornée à inviter les professionnels du secteur concerné à adopter des règles de bonne pratique professionnelle en matière de distribution des contrats d'assurance vie* », et que « *cet acte ne saurait être regardé comme édictant des règles nouvelles relevant du domaine de la loi ou du règlement* ».

<sup>5</sup> Code assur., art. L.521-1 III. ; Code assur., art. L.522-4.

cadre spécifique et très riche pour l'appréciation de la validité des rémunérations s'agissant des produits d'investissement fondés sur l'assurance<sup>6</sup>.

Au regard de ces éléments, on peut clairement s'interroger sur le fait de savoir si l'Autorité n'a pas dépassé sa compétence, par exemple au point 4.1.2.5., qui recommande aux distributeurs de ne pas « *indexer la rémunération de leur personnel de vente y compris de leurs réseaux de distribution, sur des rétrocessions provenant des gestionnaires des supports d'investissement, dans la mesure où cela pourrait affecter leur obligation d'agir au mieux des intérêts du souscripteur ou de l'adhérent* ». Plus précisément, il eut été possible pour l'ACPR de définir des bonnes pratiques qui permettent de valider la conformité d'une telle forme de rémunération, ce qui est plus proche de l'objet légal de sa compétence.

### **Point 3 : faut-il modifier la politique de gouvernance des produits ?**

Pour mémoire, la politique de gouvernance des produits est un document écrit qui doit être rédigé et appliqué par tout concepteur de produits d'assurance, mis à la disposition des salariés concernés, et qui a pour objet de constater le processus d'approbation de produit comportant les mesures et procédures pour l'élaboration, le suivi, le réexamen et la distribution des produits d'assurance.

Autrement dit, la politique de gouvernance des produits est un guide fixant des principes qui doivent être suivis par les différentes fonctions qui participent à l'élaboration et l'évolution des offres d'assurance au sein des organismes assureurs et intermédiaires en assurance considérés comme des concepteurs. Ce guide doit envisager l'ensemble des composantes d'un produit d'assurance afin que la conception soit faite dans l'intérêt des clients potentiels.

L'article 4§6 du règlement délégué 2017/2358<sup>7</sup> prévoit que les concepteurs révisent périodiquement leur processus d'approbation de produit pour faire en sorte que celui-ci demeure valide et à jour.

La recommandation ACPR n'implique pas obligatoirement une modification de la politique de gouvernance des produits. Mais, il est nécessaire d'étudier au cas par cas si celle-ci répond aux attentes de l'ACPR. Certaines recommandations peuvent être intégrées dans la politique de gouvernance des produits telle que celle qui prescrit aux concepteurs de se doter d'une grille d'analyse et de critères objectifs permettant de mesurer la complexité du produit et de s'assurer que le niveau de granularité du marché cible est approprié au niveau de complexité du produit ainsi déterminé. Mais, d'autres s'apparentent plutôt à des principes généraux dans le cadre de l'application de la politique, ne nécessitant pas forcément une modification.

En pratique, les directions juridique et conformité doivent donc étudier si leur politique nécessite une mise à jour, car les bonnes pratiques de la recommandation seront effectives dès le 1<sup>er</sup> janvier 2024. Surtout, il me semble que le message porté par l'Autorité de contrôle est que la conception et les évolutions des offres d'assurance doivent être davantage documentées sur la base de la politique de gouvernance des produits.

---

<sup>6</sup> Règlement délégué (UE) 2017/2359 de la Commission du 21 septembre 2017 complétant la directive (UE) 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.

<sup>7</sup> Règlement délégué (UE) 2017/2358 de la commission du 21 septembre 2017 complétant la directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences de surveillance et de gouvernance des produits applicables aux entreprises d'assurance et aux distributeurs de produits d'assurance.

#### **Point 4 : les concepteurs sont-ils les seuls à jouer un rôle dans la gouvernance produit ?**

Le rôle prépondérant dans la gouvernance produit est effectivement joué par les concepteurs, car ce sont eux qui déterminent les caractéristiques des produits, leur marché cible, ainsi qu'une stratégie de distribution adaptée au marché cible.

Mais, les distributeurs de produits d'assurance ont également une place importante dans la gouvernance produit, tout particulièrement au stade de la surveillance des produits d'assurance.

En effet, ces distributeurs sont débiteurs de deux obligations d'information à l'égard du concepteur :

- d'une part, l'article 10 du règlement délégué 2017/2358 prévoit qu'ils contribuent au réexamen périodique des produits effectués par les concepteurs, en leur communiquant, sur demande, les informations pertinentes sur les ventes, notamment des informations sur les révisions périodiques des dispositifs de distribution de produits ;
- d'autre part, l'article 11 du même règlement délégué dispose que, de leur propre initiative, les distributeurs de produits d'assurance qui constatent qu'un produit d'assurance n'est pas en adéquation avec les intérêts, objectifs et caractéristiques du marché cible défini, ou qui constatent d'autres circonstances relatives au produit susceptibles d'avoir des répercussions défavorables pour le client, en informent rapidement le concepteur et modifient au besoin leur stratégie de distribution pour ce produit d'assurance.

L'article L.516-1 du Code des assurances prévoit que l'examen régulier des produits d'assurance «  *vise au minimum à évaluer si le produit continue de correspondre aux besoins du marché cible défini et si la stratégie de distribution prévue demeure appropriée* ».

Ces informations peuvent bien évidemment être connues des concepteurs grâce à différentes sources de données, notamment celles qu'elles recueillent de leurs services de réclamation. Mais, les distributeurs ont des relations privilégiées avec les clients, ce qui les rend particulièrement à même d'évaluer la pertinence d'une offre d'assurance au regard des besoins des clients.

Toute la chaîne de distribution doit donc être impliquée dans la gouvernance produit, ce qui suppose pour le concepteur de l'avoir clairement organisé dans les conventions de distribution qu'il signe avec ses partenaires.

#### **Point 5 : le non-respect des règles de distributions imposées par le concepteur peuvent-elles être sanctionnées ?**

Dans l'hypothèse où le seul lien juridique entre le concepteur d'un produit d'assurance et le distributeur est la convention de distribution (ce qui correspond au cas usuel rencontré sur le marché), la sanction du distributeur est envisageable sous réserve que les stipulations contractuelles le permettent.

Si la convention de distribution a été correctement rédigée, celle-ci devrait organiser un pouvoir de contrôle du concepteur sur le distributeur permettant par exemple d'analyser des dossiers de souscription. Cela doit permettre au concepteur de déceler des irrégularités portant notamment sur le respect du marché cible du produit. Le cas échéant, les clauses organisant le pouvoir de contrôle du concepteur lui donnent la capacité de formuler des recommandations à son distributeur afin qu'il modifie ses pratiques.

Dans l'hypothèse où aucun pouvoir de contrôle n'a été organisé par la convention de distribution, le seul recours contraignant du concepteur est de mettre en balance la pérennité du partenariat en opposant une éventuelle résiliation de la convention de distribution. Outre les hypothèses de résiliation périodique, il ne faut pas perdre de vue que les parties peuvent prévoir d'une part, une clause résolutoire en cas de violation de certaines obligations expressément listées par la clause<sup>8</sup>, et d'autre part, une résolution pour faute suffisamment grave impliquant d'être en mesure de démontrer une inexécution contractuelle qui rend impossible la poursuite du partenariat<sup>9</sup>. Ce dernier cas de résolution doit être utilisé avec parcimonie, tout particulièrement lorsque les relations d'affaires sont anciennes, car il est mis en œuvre aux « risques et périls » de celui qui s'en prévaut.

#### **Point 6 : quels acteurs doivent obligatoirement rédiger une politique de rémunération ?**

Contrairement à une idée largement répandue, la directive sur la distribution d'assurance n'impose pas aux distributeurs d'adopter une politique de rémunération sous la forme d'un document écrit qui viserait à déterminer l'ensemble des modalités de rémunération des salariés et des partenaires distributeurs.

La seule obligation en la matière résulte de la directive Solvabilité 2 qui impose aux organismes assureurs qui entrent dans son champ d'application de déterminer une telle politique écrite<sup>10</sup>.

Néanmoins, rédiger une politique de rémunération paraît aujourd'hui être un impératif aux yeux de l'ACPR, du moins pour les concepteurs de produits d'assurance, c'est-à-dire pour les porteurs risques qui sont en tout état de cause considérés comme concepteur, ainsi que pour les intermédiaires en assurance dont le rôle dans l'élaboration d'un produit les conduit à disposer de cette qualité en application du règlement délégué 2017/2358, cas qui se rencontre finalement assez peu en pratique. On pourrait également ajouter qu'en pratique les courtiers grossistes ne peuvent plus aujourd'hui se passer d'une telle politique, y compris dans l'hypothèse où leur activité ne leur confère pas la qualité de coconcepteur.

Mais, il ne faut pas se voiler la face, la politique de rémunération qui est censée déterminer les principes et formes de rémunérations mises en œuvre au sein de l'entreprise pour les salariés (voire pour les mandataires sociaux), ainsi qu'auprès des partenaires, ne constitue qu'un document interne à celui qui l'édicte. C'est un premier pas vers une mise en conformité qui sera bien évidemment apprécié par l'ACPR.

Cependant, pour lui donner corps, il faut impérativement que cette politique se traduise au sein des contrats de travail s'agissant des salariés, et des conventions de distribution s'agissant des partenaires, ce qui suppose en principe de procéder à la modification de ceux en cours d'exécution, impliquant donc le consentement des salariés et distributeurs qui en bénéficient<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Ce qui peut permettre de viser le respect des règles générales en matière de distribution d'assurance, alors même que le concepteur n'est généralement pas le mandant du distributeur.

<sup>9</sup> C. civ., art. 1224 : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. »

<sup>10</sup> Règlement délégué (UE) 2015/35 de la Commission du 10 octobre 2014 complétant la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), art. 258§1 : « Les entreprises d'assurance et de réassurance satisfont à l'ensemble des exigences suivantes : [...] (l) elles adoptent une politique écrite en matière de rémunération. »

<sup>11</sup> Ce point doit être étudié au cas par cas pour chaque acte juridique et forme de rémunération.

### **Point 7 : les conventions de distribution non-conforme doivent-elles être modifiées ?**

Oui, c'est clairement le message que l'ACPR fait passer dans sa recommandation.

En effet, l'Autorité indique à deux reprises que les bonnes pratiques issues de la recommandation devront être prises en compte dans les conventions déjà conclues, au plus tard un an après la date d'entrée en vigueur de la recommandation, soit le 1<sup>er</sup> janvier 2025.

Cela suppose pour les distributeurs de passer en revue dès à présent leurs pratiques en matière de rémunération afin d'être en mesure d'identifier les éventuels points de non-conformité par rapport à la législation française et européenne.

Mais, il faudra également être en mesure de proposer des alternatives à leurs partenaires s'ils souhaitent faire évoluer certaines modalités de rémunération qui pourraient être jugées en contradiction avec le droit positif, car celles-ci sont fixées dans les conventions de distribution dont la modification suppose le consentement des parties signataires.

Notons que la date du 1<sup>er</sup> janvier 2025 s'applique aux conventions de distribution déjà conclues. Les nouvelles conventions de distribution qui s'appliqueront à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2024 devront être conforme dès cette date, ce qui laisse finalement peu de temps aux distributeurs pour déterminer leurs positions.

### **Point 8 : Quels sont les risques en cas de non-respect de la recommandation par les concepteurs et distributeurs ?**

Le moins que l'on puisse dire c'est que l'ACPR a été très explicite sur le sujet dans un article publié à l'Argus de l'Assurance le 18 juillet 2023, indiquant que « *les contrôles seront plus exigeants* ». Jean-Paul Faugère, vice-président de l'ACPR, prévient également que « *ceux qui ignoreront la recommandation s'exposent à des remontrances à minima. Au-delà de la remontrance qui ferait l'objet d'un dialogue constructif entre les parties, je n'exclus pas que le mépris de la recommandation puisse se caractériser comme un manquement de la DDA et donc aboutir sur une sanction* <sup>12</sup> ».

Mais quels risques courent vraiment les distributeurs qui n'appliqueraient pas la recommandation ?

L'article L.612-1 II. 3° du Code monétaire et financier prévoit que l'Autorité est chargée « ***de veiller au respect par les personnes soumises à son contrôle des règles destinées à assurer la protection de leur clientèle, résultant notamment de toute disposition européenne, législative et réglementaire ou des codes de conduite approuvés à la demande d'une association professionnelle, ainsi que des bonnes pratiques de leur profession qu'elle constate ou recommande, ainsi qu'à l'adéquation des moyens et procédures qu'elles mettent en œuvre à cet effet ; elle veille également à l'adéquation des moyens et procédures que ces personnes mettent en œuvre pour respecter le livre Ier ainsi que le chapitre II des titres Ier et II du livre II du code de la consommation*** ».

---

<sup>12</sup> Argus de l'Assurance, 18 juill. 2023 : <https://www.argusdelassurance.com/juriscopes/acpr/distribution-d-assurance-l-acpr-fixe-les-regles.222212>

L'ACPR dispose donc d'une capacité légale pour venir contrôler le respect par les distributeurs des bonnes pratiques constatées dans ses recommandations. Les distributeurs en violation pourraient donc écoper d'une sanction disciplinaire et/ou financière.

N'oublions pas que la DDA a instauré dans le Code monétaire et financier une nouvelle sanction pécuniaire, au cas spécifique de la violation des règles de gouvernance produit, ainsi que de celles dites de bonnes conduites (notamment en matière de rémunérations) pour les produits « d'assurance vie », qui peut aboutir à ce que le distributeur soit sanctionné du « *double du montant de l'avantage retiré du manquement, si cet avantage peut être déterminé*<sup>13</sup> ».

On n'imagine pas qu'une telle sanction soit mise en œuvre sur le seul constat de la violation de la recommandation. Mais, si la commission des sanctions devait également constater des manquements à des textes français et/ou européens en la matière, cela pourrait constituer une façon de lancer un véritable avertissement sur la Place, pratique qui n'est pas étrangère à l'ACPR depuis quelques années en matière de protection de la clientèle.

**La recommandation :**

[https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20230718\\_cp\\_reco\\_dda\\_acpr.pdf](https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20230718_cp_reco_dda_acpr.pdf)

---

<sup>13</sup> C. mon. et fin., art. L.612-39 et L.612-41.