

La transparence de l'assurance-vie en unités de compte

L'intervention des établissements bancaires dans la distribution des produits d'assurance n'est pas une nouveauté (1). La question relative à l'obligation d'information et de conseil des souscripteurs et adhérents à laquelle les banquiers intermédiaires sont tenus est toute aussi classique, connue et aujourd'hui définie (2). Plus nouveau en revanche est le contentieux spécifique de l'assurance-vie en unités de compte (3), « fruit » de l'engouement des épargnants ces dix dernières années pour les contrats d'assurance-vie et de capitalisation en unités de compte (4) pour lesquels la rentabilité potentielle recherchée s'accompagne nécessairement d'un risque financier plus important qu'en matière de contrats d'assurance-vie et de capitalisation en euros, pour lesquels le capital est garanti.

Statistiquement, si les contrats en euros reçoivent très majoritairement la faveur des épargnants, la répartition entre les contrats en unités de compte est passée d'un extrême à l'autre, les contrats en unités de compte ne représentant plus que 17,5 % des placements pour l'année 2002 contre 45 % pour l'année 2000 (5). Ce phénomène s'explique sans conteste par l'envolée des marchés financiers qui atteignaient des sommets au cours de l'année 2000 avant de subir la crise intervenue depuis.

(1) Notamment M.-J. Coffy de Boisdeffre, L'évolution du droit applicable aux distributeurs d'assurance et la distribution d'assurance par les banques, Banque et Droit, n° 53, mai-juin 1997, p. 26 et s. En pratique les établissements bancaires interviennent d'une part dans le cadre dérogatoire des assurances servant de garantie au remboursement de prêts (assurance emprunteur) prévu à l'article R. 512-3 du Code des assurances et d'autre part sous forme de sociétés de courtage dans le cadre général des articles R. 511-1 et s. du Code des assurances, voire de sociétés d'assurance constituées au sein des groupes bancaires.

(2) Pour l'assurance-groupe : N. Baretty, Assurance groupe des emprunteurs : les risques encourus par le banquier souscripteur, Banque et droit, n° 93, janvier/février 2004 ; G. Durry, Le devoir de renseignement et de conseil des intermédiaires d'assurance, Risques, n° 50, juin 2002, p. 93 ; F. Boucard, L'analyse juridique de l'assurance de groupe en matière de crédit, RGDA 2002, n° 3, p. 645 ; A. Gourio, Dossier : L'assurance de groupe des emprunteurs en crédit aux particuliers, RDBF, septembre/octobre 2001, n° 5, p. 316 et s.

(3) F. Couilbault, Contrats multisupports : Information du souscripteur et droit de renonciation, Trib. ass., n° 76, février 2004, p. 19 et s. ; M. Bertrand, Contrats en unités de compte : Améliorer la transparence, Trib. ass., mai 2003, p. 21 ; G. Courtieux, Contrats en unités de compte : droits et devoirs de l'assureur, Gaz. Pal. du 16 janvier 2003, p. 2 ; DP Assurance, Assurance-vie individuelle n°48, 2002 ; G. Courtieux, Assurance sur la vie : une compagnie coupable de réticence dolosive, RDBF 2000, n° 6 ; O. Boitte, Le devoir de conseil de l'assureur dans les contrats d'assurance-vie en unités de compte, RDBB 1999, n° 71, p. 27 ; A. Favre Rochex et G. Courtieux, Le droit du contrat d'assurance, 1998, Éd. LGDJ. ; Ch. Bastard de Crisnay, La réforme des contrats en unités de compte, RGAT 1993, n° 2, p. 241.

(4) Selon la FFSA, les affaires directes des contrats d'assurance-vie et capitalisation en unités de compte sont passées de 5,6 milliards d'euros en 1996 à 38,5 milliards d'euros en 2000, pour rechuter à 14,9 milliards d'euros en 2003. Cf. statistiques de la FFSA, cahier 2003, infra.

(5) Cf. Cahier statistique de l'assurance française en 2003 en ligne sur le site : www.ffsa.fr

Bénédicte BURY
Avocat associé, B. Moreau-Avocats

Cyril GORY
Avocat, B. Moreau-Avocats

Reste que l'euphorie retombée et les espoirs déçus, un contentieux s'est développé, nourri des litiges émergents entre les établissements bancaires et les épargnants, qui ont vu fondre leur investissement en moyenne du tiers à plus des trois quarts selon le degré d'exposition au risque de leurs placements, les seconds reprochant a posteriori aux premiers de ne pas les avoir informés ou suffisamment informés sur les risques encourus.

Après avoir envisagé l'étendue des obligations d'information et de conseil (1), plus particulièrement de l'intermédiaire, nous nous attacherons aux modalités de l'exécution de ces obligations au regard de l'autonomie de la notice d'information (2).

1. L'ÉTENDUE DES OBLIGATIONS D'INFORMATION ET DE CONSEIL

Les dispositions générales de l'article L. 111-1 du Code de la consommation ont été complétées par les dispositions des articles L. 112-2 du Code des assurances et L. 132-1 et suivants du Code des assurances spécifiques aux assurances sur la vie et aux opérations de capitalisation (6).

La spécificité de la question de l'information due à cette occasion tient en réalité à celle de la nature hybride de l'opération d'assurance-vie et de capitalisation, relevant à la fois de l'assurance et de la finance. Sans entrer dans le débat de la qualification juridique du contrat d'assurance-vie et du contrat de capitalisation (7), le Code des assurances, récemment modifié par la loi du 1^{er} août 2003 (8), soumet la compagnie d'assurance à des obligations d'information et de conseil renforcées.

Le législateur a ainsi conçu un système d'information protecteur du consentement dans lequel l'assureur établit la notice informative des risques que le banquier, qui propose la souscription du contrat d'assurance, a l'obligation de remettre à l'assuré, lequel bénéficie d'un délai de réflexion.

(6) Les dispositions des articles L. 112-2 et L. 132-5 du Code des assurances se recoupent partiellement, l'adage « specialia generalibus derogant » milite pour que l'assureur puisse s'en tenir au seul respect des dispositions plus contraignantes des articles L. 132-5 et s. du Code des assurances spécifiques aux contrats d'assurance-vie et de capitalisation.

(7) Cf. Lamy Droit des assurances 2001 n° 3143 et s. ; L. Mayaux, L'assurance vie est-elle soluble dans la capitalisation ?, RGDA 2001, p. 767. L'aléa, essence du contrat d'assurance existe-t-il lorsque l'assureur doit en tout état de cause verser un capital déterminé soit en capital soit en unités de compte ?

(8) Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003, Loi de sécurité financière, référence accessible.

Par ailleurs l'investissement en bourse via un contrat d'assurance-vie s'effectue pour moitié au terme de contrats collectifs (9), ce qui pose un problème de droit applicable (10), eu égard à l'existence de dispositions spéciales aux assurances de personnes et par ailleurs aux assurances de groupe, constituant, a pari et respectivement, le titre troisième et le titre quatrième du Livre I^{er} du Code des assurances relatif au contrat d'assurance.

Toutefois, les assurances collectives de personnes sembleraient soumises aux dispositions propres aux contrats d'assurance-vie, les arrêtés relatifs aux assurances sur la vie et les opérations de capitalisation faisant d'ailleurs expressément référence aux assurances de groupe (11) et les assureurs eux-mêmes se conformant dans les assurances de groupe aux obligations découlant des articles L. 132-1 et suivants du Code des assurances, par exemple en mentionnant la valeur de rachat du contrat sur les huit premières années (12).

1.1 – Le formalisme informatif légal de protection

Plusieurs informations et documents doivent être remis à l'assuré souscripteur ou à l'adhérent à un contrat d'assurance-vie. Il s'agit respectivement des informations relatives à la « *faculté de renonciation* » au contrat et aux « *valeurs de rachat au terme de chacune des huit premières années* » et de la remise d'un « *projet de lettre* » de renonciation destiné à en faciliter l'exercice et d'une « *note d'information sur les dispositions essentielles du contrat* ».

En pratique, l'assureur remet à l'investisseur un document unique, les « *conditions générales du contrat valant note d'information* » qui l'informeront tant sur la nature du contrat (1.1.1), que sur les valeurs de rachat du contrat et sur la faculté de renonciation (1.1.2). Reste alors la question d'actualité des unités de compte choisies, support de l'investissement (1.1.3).

1.1.1 – L'information sur la nature du contrat : capital en euros ou en unités de compte

• **À la souscription** : le législateur a souhaité qu'une information soit délivrée sur la composition du contrat d'assurance-vie, capital en euros ou capital

(9) En 2003, l'investissement en assurance-vie sur des contrats collectifs représente 7,5 % des investissements pour un montant de 6,3 milliards d'euros. Cf. Cahier statistique de l'assurance française en 2003 en ligne sur le site : www.fsa.fr

(10) Précisons d'un point de vue terminologique que le législateur parle de « *note d'information* » pour les contrats d'assurance-vie individuel et de « *notice d'information* » pour les contrats d'assurance de groupe.

(11) Cf. Par exemple, les dispositions de l'article A. 132-4 du Code des assurances modifié par l'arrêté du 21 juin 2004 (JO, n° 149 du 29 juin 2004) et les dispositions du nouvel article A.132-7-IV relatif à l'information annuelle du souscripteur ou, en cas de contrat de groupe, de l'adhérent.

(12) Cf. en ce sens les interrogations du Professeur Luc Mayaux, Les Entretiens de l'assurance, 2003, FFSA, Atelier n° 11 : L'information du souscripteur en assurance-vie.

en unités de compte (13), et ses caractéristiques, au moyen de la remise d'une notice d'information établie par l'assureur.

La différence est notable dans la mesure où l'exposition au risque financier n'est pas la même. En cas de capital en euros, l'assuré n'est pas exposé à un risque de perte de son capital, l'assureur se chargeant de faire fructifier le capital de l'assuré, à ses risques et périls, alors que dans les contrats en unités de compte, c'est-à-dire constitués principalement de valeurs mobilières (14), l'assuré supporte directement le risque financier, notamment d'une crise boursière, car l'assureur ne garantit à l'assuré qu'un nombre d'unités de compte, et non leur valeur qui est sujette à des fluctuations à la hausse ou à la baisse, information devant figurer en caractères très apparents (15).

Par exemple, l'assuré qui investit au jour J une somme de 1.000 € sur un contrat d'assurance-vie composé d'une unité de compte, soit l'OPCVM « O » d'une valeur nominale de 100 €, se voit garantir par l'assurance ses 10 unités d'OPCVM « O », mais non la valeur minimale de celle-ci de 100 € au jour de la souscription de son contrat. Ainsi au jour J + 12, en l'absence d'arbitrages et de nouveaux versements, le contrat de l'assuré sera toujours composé de 10 unités d'OPCVM « O », dont la valeur aura fluctué, à la hausse ou à la baisse, en sorte que l'assuré encourt nécessairement le risque de subir une moins-value.

L'absence d'information sur les risques liés à l'investissement en unités de compte à la souscription est sans importance si le candidat retient pour son investissement l'option non risquée de la capitalisation garantie.

• **Au cours de l'exécution du contrat** : conformément à l'article L. 132-22 du Code des assurances, l'assuré informé, au moins annuellement, par l'assureur de la valeur de rachat de son contrat d'assurance (16), pour les contrats dont la provision mathématique est supérieure à 2.000 € (17), a la faculté de modifier son contrat initial en procédant à des arbitrages.

L'assuré peut en effet choisir, par exemple, de passer d'un contrat garantissant un capital en euros vers un contrat garantissant un nombre d'unités de compte ou de modifier et même d'acquérir de nouvelles unités de compte (18).

(13) Article L. 131-1 du Code des assurances.

(14) Ou d'actifs offrant une protection suffisante de l'épargne investie et figurant à l'article R. 131-1 du Code des assurances (article L. 131-1 du Code des assurances).

(15) Article A. 132-5 du Code des assurances.

(16) Article L. 132-22 du Code des assurances, et Trib. gr. inst. Nanterre (6^e ch.), 5 mai 2003, Gaz. Pal. du 13 décembre 2003, p. 14, DP Assurance, Bull. 120, n° 6304/48, 2 janvier 2004.

(17) Article A. 132-7-1 du Code des assurances.

(18) En ce qui concerne la disparition d'unités de valeur : C. Paris (15^e ch. B), 20 septembre 2002, RCA, mai 2003, n° 153 ; Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2004, Pourvoi n° 01-10147.

En pratique une information complète sur le contrat a déjà été donnée à l'assuré lors de l'adhésion en sorte que cette information n'apparaît pas devoir être renouvelée.

1.1.2 – L'information sur les valeurs de rachat du contrat et sur la faculté de renonciation

Quel que soit le type de contrat retenu, si le contrat en comporte, l'assureur est tenu de mentionner les valeurs de rachat ⁽¹⁹⁾ au terme de chacune des huit premières années au moins, soit en euros, soit en nombre d'unités de comptes ⁽²⁰⁾.

Il indique également, « dans le même tableau, la somme des primes ou cotisations versées au terme de chacune des huit premières années au moins » ⁽²¹⁾, « pour les plans d'épargne individuelle pour la retraite créés à l'article 108 de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, les valeurs de transfert » ⁽²²⁾ et informe le candidat des « conditions d'affectation des bénéficiaires techniques et financiers » ⁽²³⁾.

En précisant que dans le même tableau doivent figurer les valeurs de rachat et la somme des primes ou cotisations versées au terme des huit premières années, le législateur impose un nouveau formalisme qui vise à faciliter une lecture comparative du bénéfice escompté du contrat au regard de son « coût ».

À ces informations sur la nature du contrat, ses valeurs de rachat et ses dispositions essentielles s'ajoutent celles relatives aux conditions d'exercice de la faculté de renonciation.

Essentielles pour permettre au candidat à l'assurance de contracter en toute connaissance de cause, ces informations sont en pratique contenues dans la note d'information établie par l'assureur et remise par l'intermédiaire, qui distribue le produit d'assurance.

Ainsi, portées à la connaissance du client, celui-ci dispose, encore, après son adhésion, d'un « délai de réflexion-renonciation » de trente jours, lequel court à compter du premier versement ⁽²⁴⁾, et non du jour de la remise effective, sauf si celle-ci est postérieure et dont l'usage est facilité par la remise d'une lettre-type.

La jurisprudence refuse en revanche à l'adhérent qui a effectué des actes positifs de gestion de

son contrat, le droit d'exercer cette faculté de renonciation dans la mesure où ces actes positifs sont précisément jugés caractériser sa volonté de renoncer à l'exercice du droit de renonciation ⁽²⁵⁾.

D'ailleurs, l'exercice de cette faculté de renonciation, tardivement et après constat des pertes boursières, a pu être jugé révéler l'absence de loyauté du souscripteur dans l'exécution du contrat ⁽²⁶⁾.

1.1.3 – L'information sur les unités de compte choisies

• À la souscription : le choix de la nature du contrat opéré, le choix du contrat en unités de compte implique également la délivrance d'une information sur le support des unités de compte destinée à permettre à l'assuré de mesurer le risque encouru.

Le législateur a récemment intégré dans le Code des assurances des dispositions analogues à celles relatives aux opérations boursières afin d'exiger que la notice d'information soit encore complétée des « caractéristiques principales de ces unités de compte » à compter du 1^{er} juillet 2004 ⁽²⁷⁾.

Le contenu de cette notice a été précisé par l'arrêté du 21 juin 2004 ⁽²⁸⁾. La note d'information doit dorénavant prévoir une précision complémentaire pour les contrats comportant des garanties exprimées en unités de compte concernant les taxes et frais prélevés et les modalités de règlement des droits attachés à leur détention.

En outre, lorsque les unités de compte sont composées de parts ou d'actions d'OPCVM, l'obligation d'information de la banque dans le cadre de l'assurance-vie est équivalente à celle instaurée en matière boursière, puisqu'elle doit délivrer une information qui « ne peut être moindre » que celle contenue dans le prospectus simplifié visé par l'Autorité des marchés financiers (AMF) ⁽²⁹⁾.

Si l'information sur la « faculté de renonciation », les « valeurs de rachat au terme de chacune des

(25) L'assuré ne peut exercer son droit de renonciation dès lors qu'il a reconnu avoir été informé de cette faculté et qu'il a demandé le rachat de son contrat : Cass. 1^{re} civ., 27 février 2001, Pourvoi n° 98-13035, RDGA 2001, n° 2, p. 367 ; 4 novembre 2003, Pourvoi n° 02-16198, Inédit. En exerçant leur faculté d'arbitrage, les souscripteurs ont implicitement reconnu « que chacun de leur contrat était définitivement formé, ce qui impliquait corrélativement une renonciation tacite à leur droit de rétractation » ; Trib. gr. inst. Limoges, 20 novembre 2003, DP Assurance, Bull. 120, n° 6304/49, 2 janvier 2004.

(26) Trib. gr. inst. Paris (4^e ch., 2^e e sect.), 13 mai 2004, n° 02/15605, Rey c/ Axa, et 1^{er} avril 2004, n° 02/05762, Dental c/ Axa France Vie, DP Assurances 2004, n° 126, p. 6102.

(27) Par la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003, le législateur a expressément prévu qu'à compter du 1^{er} juillet 2004, la notice d'information de l'assureur devra comporter « les caractéristiques principales des unités de compte » (article L. 132-5-1 du Code des assurances).

(28) JO, n° 149 du 29 juin 2004.

(29) Cf. Article A.132-6 du Code des assurances visant notamment une présentation succincte de l'organisme et du gestionnaire, l'indication des placements (classification, objectif de gestion, stratégie et profil de risque, garanties éventuelles et profil de l'investisseur), l'information sur les frais et commissions de l'organisme. Il faut noter que les mesures d'information renforcée des investisseurs en « OPCVM », issues des directives 2001/107/CE et 2001/108/CE (modifiant la directive 85/61/CEE), au moyen d'un prospectus complet (pris en application de l'instruction COB de novembre 2003) et remplaçant la notice d'information doivent être réalisées avant le 30 septembre 2005.

(19) L'information sur les valeurs de rachat au titre des garanties exprimées en unités de compte prévue par l'article L. 132-5-1 est donnée en nombre d'unités de compte (article A. 132-5 du Code des assurances).

(20) Article A. 132-5 du Code des assurances.

(21) Article L. 13, n° 2003-706 du 1^{er} août 2003.

(22) Article L. 132-5-1 du Code des assurances modifié par la loi n° 2003-775 du 21 août 2003.

(23) Article L. 132-5 du Code des assurances modifié par la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003. Cf. articles A. 132-1 et s. du Code des assurances sur la participation aux bénéficiaires techniques et financiers.

(24) Cette faculté de renonciation s'exerce par l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception prévu par le législateur et non par une action en justice (C. Paris (7^e ch.), 26 juin 1996, D. 1996, IR, p. 177 ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 1998, Pourvoi n° 96-19199, RGDA 1999, n° 1, p. 74).

huit premières années » et la remise d'un « projet de lettre » de renonciation sont des éléments objectifs, en revanche l'appréciation des « dispositions essentielles du contrat » contenues dans la note d'information relève de l'appréciation subjective.

Le discussion relative à la détermination des « dispositions essentielles du contrat » contenues dans la note d'information est limitée en pratique dans la mesure où les assureurs remettent des « conditions générales valant note d'information » qui comportent toutes les stipulations du contrat et englobent dès lors les « dispositions essentielles du contrat ».

Reste que le seul élément d'information non contenu dans le document unique des conditions générales concerne les unités de compte elles-mêmes, supports de l'investissement de l'assuré, dont « les caractéristiques principales » doivent depuis la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 également figurer dans la note d'information.

Or force est de constater qu'eu égard à la multitude des unités de compte, cette information s'effectuera au cas par cas, selon les unités retenues, par la communication d'un document d'information distinct spécifique à chaque unité de compte.

Dans ces conditions, la sanction de la prorogation du délai de renonciation est-elle applicable à défaut d'information de l'assuré sur les caractéristiques principales de ces unités de compte ? Une distinction semble devoir être faite selon qu'on se place avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003.

• Avant l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003, l'article L. 132-5-1 du Code des assurances précisait expressément mais uniquement que la banque devait « remettre contre récépissé, une note d'information sur les dispositions essentielles du contrat »⁽³⁰⁾. C'est dire qu'une seconde distinction intervient entre les « dispositions essentielles » et les « dispositions non essentielles ».

Assurément l'information sur l'option unités de compte, alternative à l'investissement en euro, constitue indéniablement une « disposition essentielle du contrat ». Mais qu'en est-il de l'information sur les unités de compte individuellement choisies ? Constitue-t-elle aussi une « disposition essentielle du contrat » ?

Le législateur n'ayant prévu, avant la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003, aucune obligation d'information particulière sur les unités de comptes, supports de l'investissement en unités de compte, les « dispositions essentielles du contrat » ne devraient concerner que le principe même de

l'investissement en unités de compte, mais pas les unités de compte individuellement.

En effet, le trait caractéristique des contrats en unités de compte est que par principe la valeur de ces contrats est exposée aux fluctuations tant à la hausse qu'à la baisse des unités de compte qui les composent, ce qui présuppose *ipso facto* que les unités de compte sont elles-mêmes soumises à l'aléa des marchés boursiers, peu important les caractéristiques de ces unités de compte relatives à telle zone géographique ou tel secteur d'activités.

Certes *a priori* la mesure de l'aléa pourra être plus important selon les unités de compte. Mais l'essentiel est le principe de l'aléa, et non sa mesure, elle-même aléatoire.

• Après l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003, l'article L. 132-5-1 du Code des assurances précise dorénavant que la banque doit « remettre contre récépissé, une note d'information sur les dispositions essentielles du contrat incluant, lorsque le contrat comporte des garanties exprimées en unités de compte, les caractéristiques principales de ces unités de compte ».

Dès lors, les « dispositions essentielles du contrat » incluent « les caractéristiques principales [des] unités de compte », dont l'absence devrait être sanctionnée par la prorogation du point de départ du délai de renonciation (se reporter au 1.1.2).

Au cours de l'exécution du contrat, conformément à l'article L. 132-22 du Code des assurances, le souscripteur ou l'adhérent doit recevoir une fois par an, de la part de l'assureur, une information spécifique aux unités de compte concernant leurs valeurs respectives, les frais supportés par chaque unité et les droits attachés à leur détention, ainsi que « les modifications significatives » affectant chaque unité de compte sélectionnée⁽³¹⁾.

Cette information de l'assuré, spontanée ou provoquée lorsque le montant de la provision mathématique est inférieur à la somme de 2.000 €, vise à lui permettre, s'il le désire, de procéder à tout instant au rachat de son contrat ou à l'arbitrage de son contrat entre l'option en unités de compte et l'option en euros, sous réserve des conditions contractuelles.

Naturellement, ce défaut d'information annuelle de l'assuré, ne permet pas à elle seule à l'assuré, déçu des performances de son contrat, d'obtenir que l'assureur ou le banquier soit condamné à l'indemniser du préjudice subi du fait de l'évolution du marché. Il a en effet pu être jugé que l'absence d'information de l'assuré sur les valeurs

(30) Peut-être aurait-il mieux fallu parler des « stipulations essentielles du contrat » ?

(31) Cf. Article A.132-7-IV du Code des assurances.

de rachat ne lui faisait perdre qu'une chance d'éviter un rendement négatif (32).

1.2 - L'étendue d'une obligation de conseil des intermédiaires d'assurance

Il vient d'être exposé que le législateur avait ainsi conçu un processus de formation du consentement afin que le client bénéficie d'une information dont le contenu a été précisé et doit être établi par le professionnel de l'assurance, c'est-à-dire l'assureur, comportant aussi l'imposition par le législateur d'un temps de réflexion à l'instar d'une technique éprouvée par ailleurs en droit de la consommation afin de permettre la réflexion du consommateur, malgré lui, qui peut être fera le choix, qui lui appartient, de ne pas même lire cette documentation qui lui est remise.

Il y a lieu de rappeler ce qui a déjà été jugé à l'occasion de la distribution des contrats d'assurance-groupe emprunteurs pour lesquels il a pu être précisé que le banquier ne saurait être investi, s'agissant d'un produit d'assurance, d'une mission aussi large que celle d'un courtier qui a l'obligation de conseiller sur l'assurance qui convient le mieux. L'obligation de conseil du banquier doit être limitée au contrat envisagé ou proposé (33).

Cette obligation de conseil ne pourrait être en tout cas que de moyens et s'apprécierait au jour de la délivrance du conseil, sauf dans l'hypothèse où l'intermédiaire se serait engagé sur un résultat, tel qu'un taux de rendement à l'échéance (34).

Cependant la spécificité du produit et incontournable la question relative à la nécessité et à l'étendue d'une information et d'un conseil sur les risques liés au choix du support en unités de compte est systématiquement invoquée par les assurés.

Par analogie, chacun songe à l'obligation d'information et de conseil de la banque à l'occasion d'ordres de bourse et de mandat de gestion indépendamment de la souscription d'un contrat d'assurance.

Cette obligation se définirait avec les mêmes limites en fonction des connaissances plus ou moins étendues du client (35).

(32) Trib. gr. inst. Nanterre (6^e ch.), 5 mai 2003, Gaz. Pal. du 13 décembre 2003, p. 14, DP Assurances 2004, n° 120, p. 6304.

(33) F. Boucard, L'analyse juridique de l'assurance de groupe en matière de crédit, RGDA 2002, n° 3, p. 645 ; B. Beignier, L'obligation de conseil d'un intermédiaire d'assurance : limites d'un devoir, D. 2003 n° 3, p. 170.

(34) Cass. 1^{re} civ., 13 juillet 2004, n° 1236, Ménage c/ Sitter, Argus de l'assurance, n° 6897, 24 septembre 2004 p. 32.

(35) Cass. 1^{re} civ., 18 février 2003 Pourvoi n° 99-17619, RGDA 2003, n° 2, p. 371, à propos d'un client ancien élève à la fois de l'École normale supérieure, de l'IEP de Paris et de l'ENA et agrégé de sciences physiques. Cf. Cass. Com., 18 février 2004, Bull. Joly Bourse 2004, p. 272 ; Cass. com., 8 juillet 2003, Bull. Joly Bourse 2003, p. 591 ; C. Paris, (15^e ch. A), 19 février 2002, Bull. Joly Bourse 2002, p. 211 ; C. Paris (15^e ch. B), 7 mai 1999, Bull. Joly Bourse 1999, p. 598 ; Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1998, Bull. Joly Bourse 1998, p. 827 ; Cass. com., 18 février 1997, Bull. Joly Bourse 1997, p. 369.

De la ressemblance à l'amalgame réducteur il n'y a qu'un pas qui ne saurait être franchi tant le législateur a précisément conçu que le professionnel du produit proposé, c'est-à-dire l'assureur, établit une notice explicative, dont le contenu vient d'être précisé, que la banque a l'obligation de remettre et dont il incombe à l'assuré de prendre connaissance étant précisé qu'il disposera encore après son adhésion d'un délai supplémentaire de réflexion lui permettant l'exercice d'un droit de renonciation.

Le système devrait d'ailleurs conduire à considérer que l'obligation de conseil de l'intermédiaire ne devrait être que provoquée ou sollicitée.

Une fois l'information et le conseil délivrés au candidat à l'assurance, il a été jugé que ce dernier supporterait seul la gestion de ses valeurs, tels que l'opportunité des rachats, le changement de support... En effet, à titre d'exemple, le Tribunal de grande instance de Nanterre a pu récemment estimer, en matière de contrat d'assurance de capitalisation, que « l'obligation de conseil n'est imposée qu'au stade de la conclusion du contrat » et que « postérieurement à la phase de conclusion du contrat, il appartient au cocontractant de suivre l'évolution des placements afin d'effectuer les modifications nécessitées par l'évolution de l'économie » (36).

1.3 - La sanction de l'obligation d'information et de conseil

Le manquement du professionnel à son obligation d'information l'expose à la sanction légale de la faculté de renonciation de l'assuré (1.3.1) et à la sanction de droit commun en cas de violation de son obligation de conseil (1.3.2).

1.3.1 - La sanction de l'obligation d'information

Le législateur a expressément prévu que le défaut de remise, par l'assureur ou son intermédiaire, des informations relatives à la « faculté de renonciation » au contrat et aux « valeurs de rachat au terme de chacune des huit premières années » et de la remise d'un « projet de lettre » de renonciation destiné à en faciliter l'exercice et d'une « note d'information sur les dispositions essentielles du contrat » entraîne de plein droit la prorogation du délai de renonciation jusqu'au trentième jour suivant la date de remise effective de ces documents et non la nullité du contrat (37).

La sanction est lourde pour l'assureur dans la mesure où la prorogation du délai de renonciation

(36) Trib. gr. inst. Nanterre (6^e ch.), 5 mai 2003, Gaz. Pal. du 13 décembre 2003, p. 14 et s.

(37) Cf. Cass. 2^e civ., 3 juin 2004, L'Argus de l'assurance, n° 6893, Doss. Jur., p. 8. Ce défaut d'information a également été sanctionné par la nullité du contrat pour réticence dolosive (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 2000, RGDA 2000, n° 2, p. 485), mais alors cette action en nullité suppose réunies les conditions requises par le droit commun des vices du consentement.

a *de facto* pour effet de conduire à une faculté de renonciation imprescriptible.

La sanction de la renonciation, qui n'est qu'une faculté offerte à l'assuré ou l'adhérent mais qu'il n'hésitera pas à exercer en cas de pertes boursières, lui permet d'obtenir l'intégralité des sommes versées, dans le délai maximal de trente jours à compter de la réception de la lettre recommandée. Au-delà de ce délai, les sommes non restituées produisent de plein droit intérêt au taux légal majoré de moitié durant deux mois, puis, à l'expiration de ce délai de deux mois, au double du taux légal.

Il en résulte dès lors que durant toute la période pendant laquelle l'assureur ou l'intermédiaire est resté taisant sur les informations devant être communiquées les intérêts au taux légal ne courent pas.

1.3.2 – La sanction de l'obligation de conseil

L'obligation de conseil, s'il y en avait une, serait sanctionnée par le recours au droit commun de la responsabilité et nécessiterait la démonstration d'une faute, d'un lien de causalité et d'un préjudice consistant en une perte de chance.

En effet, le caractère aléatoire des opérations boursières exclut que l'investisseur malchanceux puisse obtenir le remboursement des pertes constatées, « *aucun placement financier ne pouvant (...) être à l'abri de tout aléa* »⁽³⁸⁾, dont la Banque ne saurait être tenue responsable ».

La Cour de cassation a jugé que « *la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* », et a ainsi admis que la réparation du dommage subi par le client est donc nécessairement inférieure à la totalité du gain espéré⁽³⁹⁾.

2. LES MODALITÉS DE L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION ET DE CONSEIL DE LA BANQUE : LA QUESTION DES CONDITIONS GÉNÉRALES VALANT NOTICE D'INFORMATION ET LA PREUVE DE LEUR REMISE

2.1 – La preuve de la remise de la notice d'information

L'article L. 132-5-1 du Code des assurances prévoit que la banque doit remettre contre récépissé une note d'information sur les dispositions essentielles du contrat⁽⁴⁰⁾ et l'article A. 132-4 du même Code précise que l'indication des caractéristiques princi-

pales des unités de compte composées de part ou d'actions d'OPCVM peut être valablement effectué par la remise contre récépissé du prospectus simplifié visé par l'AMF.

Le formalisme du récépissé permet à la banque d'établir la preuve qu'elle s'est effectivement acquittée de cette obligation légale d'information par la remise de la notice⁽⁴¹⁾.

En matière d'assurance groupe, l'article L. 140-4 du Code des assurances ne prévoit pas expressément la formalité du récépissé, mais dispose : « *Le souscripteur est tenu de remettre à l'adhérent une notice établie par l'assureur qui définit les garanties et leurs modalités d'entrée en vigueur ainsi que les formalités à accomplir en cas de sinistre (...)* » et que « *la preuve de la remise de la notice à l'adhérent et de l'information relative aux modifications contractuelles incombe au souscripteur* ».

L'article R. 112-3 du Code assurances précise pour les modalités d'application de ce texte que « *la remise des documents (...) est constatée par une mention signée et datée par le souscripteur [ou l'adhérent en assurance groupe] apposée au bas de la police, par lequel celui-ci reconnaît avoir reçu au préalable ces documents et précisant leur nature et la date de leur remise* ».

Il y a lieu de rappeler que s'agissant de la charge de la preuve, la jurisprudence, en rupture avec la jurisprudence antérieure, a jugé que « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière de formation doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* ». Cet arrêt de principe rendu pour ce qui concerne le médecin s'applique de manière générale à tous les professionnels⁽⁴²⁾.

Il a déjà été souligné à propos du contrat d'assurance-groupe que la banque ne saurait en revanche être tenue de s'assurer de la lecture et de la parfaite compréhension de celle-ci par le consommateur.

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion, s'agissant de la remise de la notice du contrat d'assurance-groupe, de préciser avec rigueur le régime de la preuve de la remise de la notice.

La Cour de cassation, le 20 janvier 1998⁽⁴³⁾, a précisé clairement que si l'assuré a apposé sa signature au bas d'un document précisant qu'il reconnaît avoir reçu la notice (et que celle-ci s'avère par ailleurs claire et précise comme la loi l'exige)⁽⁴⁴⁾ les

(38) Cf. Gaz. Pal., Rec. 1999, somm. p. 768 sur Trib. gr. inst. Paris (9^e ch.), 14 avril 1999, JCP II. 2000. 10233 ; C. Paris (15^e ch. A), 12 juin 1991, D. 1991, Jur. p. 591.

(39) Cf. Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1998, D. 1998, IR, p. 191, Bull. civ. I, 1998, n° 260, p. 181 et s. ; 9 avril 2002, Bull. civ. I, 2002, n° 116, p. 89 et s. ; C. Paris (25^e ch. B), 26 novembre 1999, Zecchinon, Revue de Droit Bancaire et Financier, n° 4, juillet/août 2000, p. 241 ; C. Paris (15^e ch. B), 1^{er} décembre 2000, D'Orsanne, RDBF, n° 3, mai/juin 2001, p. 175.

(40) Article A. 132-4 du Code des assurances.

(41) D'ailleurs aucun moyen de preuve satisfaisant pourrait assurer la réalité de cette prise de connaissance.

(42) Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, Rapport C. cass. 1997, p. 271 ; G. Viney, JCP éd. G, 1997. I. 4024, n° 7 ; RTD Civ. 1997, p. 467, obs. P. Jourdain, Bull. civ. I, n° 75 ; Defrénois 1997, p. 511, obs. Aubert.

(43) Cass. 1^{re} civ., 20 janvier 1998, Revue de droit bancaire et de la bourse, n° 66, mars/avril 1998, p. 58.

(44) L'organisme de crédit ne remplit son obligation d'information et de conseil par la remise de la notice d'information qu'à la condition que

exclusions contenues dans ce document lui sont opposables ⁽⁴⁵⁾. Il convient de rappeler que la Cour de cassation avait en revanche précisé que la signature apposée en dessous de la mention de la reconnaissance par l'emprunteur d'avoir pris connaissance des conditions générales du contrat était insuffisante ⁽⁴⁶⁾, même si cette solution, comme il a pu être souligné avec beaucoup de pertinence, apparaît tout à fait contestable en ce que l'obligation d'information ne saurait aller, sous peine de priver de sens le consentement valablement exprimé, au-delà de la reconnaissance par le client de ce qu'il a précisément pris connaissance de l'information. La solution adoptée par la Cour de cassation relativement à la preuve de l'obligation d'information par la remise de la notice apparaît ainsi aujourd'hui clairement établie, même si sur le dernier point soulevé elle peut apparaître contestable.

La Cour de cassation a précisé le 4 juillet 2000 que la preuve de l'obligation ne peut résulter d'un simple renvoi dans l'acte de prêt ou « bulletin d'adhésion aux conditions du contrat d'assurance ». La Cour d'appel devait rechercher si les conditions avaient effectivement été communiquées. En l'espèce, l'emprunteur avait accepté et signé l'offre de crédit préalable, comportant l'adhésion et renvoyant aux conditions du contrat par une clause ainsi libellée « *les stipulations ci-dessus sont développées dans l'extrait des conditions du contrat remis à chaque emprunteur* » ⁽⁴⁷⁾.

2.2 – La notice d'information ou les conditions générales valant notice d'information

L'actualité des contrats en unités de compte est encore occupée par le contentieux des « *conditions générales valant notice d'information* », modalité retenue par certaines compagnies d'assurance dans leurs bulletins d'adhésion remis par les banques.

La jurisprudence, tant de la Cour d'appel de Paris ⁽⁴⁸⁾, que de la Cour de cassation ⁽⁴⁹⁾ reconnaît la validité de ce procédé.

Cependant, plusieurs décisions émanant de juridictions de première instance et de Cours d'appel

celle-ci soit claire et précise. Pour un exemple récent, Cass. 2^e civ., 3 juin 2004, n° 03-13896, CRCAM Normand c/ Gournay, DP Assurances 2004, n° 127, p. 6105.

(45) Cf. aussi Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 1992, n° 91-13.757, n° 1546.RGAT 1993, p. 362.

(46) Cass. 1^{re} civ., 3 février 1993, RGAT 1993, p. 332.

(47) La tribune de l'assurance, n° 40, novembre 2000, Les Cahiers de jurisprudence.

(48) C. Paris, 11 février 2003, RG n° 2004/8241, L'Argus de l'assurance, n° 6845 du 29 août 2003 ; 14 janvier 2003, RG n° 2001/15227, L'Argus de l'assurance, n° 6848 du 19 septembre 2003 ; C. Paris (7^e ch.), 5 novembre 1997, Juris-data, n° 24.617.

(49) Cass. 1^{re} civ., 13 février 2001, Pourvoi n° 98-18024, à propos d'une assurance groupe emprunteur pour laquelle la Cour a légalement justifié sa décision en estimant que la Banque avait rempli son obligation d'information car les époux M. avaient reconnu « avoir une parfaite connaissance des conditions et modalités de l'assurance » grâce aux « conditions générales valant notice d'information ».

⁽⁵⁰⁾ ont jugé qu'« *en exigeant la remise d'une note d'information sur les dispositions essentielles du contrat, le législateur a nécessairement entendu que cette note soit distincte des conditions générales qui constituent le contrat lui-même et comportent indistinctement l'intégralité des conditions de celle-ci, essentielles et secondaires* » et que « *confondre conditions générales et note d'information revient ainsi à enlever tout intérêt à cette note expressément exigée par le législateur* ».

Les conditions générales peuvent-elles dès lors se substituer à la notice d'information ou celle-ci doit-elle nécessairement constituer un document supplémentaire ?

Textuellement, selon l'article L. 132-5-1 du Code des assurances, il s'agit bien de deux documents différents et distincts, le législateur sanctionnant « *le défaut de remise des documents* » en reportant le point départ du délai de rétraction de 30 jours à « *la date de remise effective de ces documents* ». Pour autant, au titre de l'information pré-contractuelle, le projet de contrat et ses pièces annexes, c'est-à-dire le projet de contrat et ses conditions générales, sont assimilées à la notice d'information conformément à l'article L. 112-2 du Code des assurances ⁽⁵¹⁾.

Il a par ailleurs été justement remarqué ⁽⁵²⁾ que la directive européenne n° 92/96/CEE du Conseil du 10 novembre 1992, remplacée par la directive n° 2002/83/CE du Parlement et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie ⁽⁵³⁾, n'impose pas la remise d'une notice d'information. Ce dernier texte prévoit que les informations délivrées doivent être « *formulées de manière claire et précise, par écrit, et (...) fournies dans une langue officielle de l'État membre de l'engagement* » ⁽⁵⁴⁾.

Il est donc permis de s'interroger sur l'intérêt de la « notice d'information ». Conformément à l'article A. 132-4 et A. 132-5 du Code des assurances, la notice d'information « contient » les informations prévues par le modèle annexé ainsi que la mention en caractère très apparent de l'engagement de l'assureur sur le nombre d'unités de compte mais non sur la valeur de ces unités. Incontestablement,

(50) Trib. gr. inst. Paris (4^e ch., 2^e sect.), 17 janvier 2003, F. Assurances Inédit, Trib. gr. inst. Paris, 5 juin 2003, L'Argus de l'assurance du 27 juin 2003 ; C. Bourges, 27 juin 2000, RGDA 2002, p. 739.

(51) L'article L. 112-2 du Code des assurances, également applicable aux contrats d'assurance-vie et de capitalisation, dispose que : « Avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré ».

(52) Remarque sous le jugement, Trib. gr. inst. Paris, 5 juin 2003, DP Assurance, Bull. act. 2003, n° 115, p. 6507.

(53) RGDA 2003, n° 1, p. 143.

(54) Annexe III de la directive n°2002/83/CE du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie.

ces mentions peuvent figurer dans les conditions générales, et donc fournir l'information nécessaire.

Mais la « notice » peut-elle contenir d'autres informations que celles prévues par le modèle ? Certes si celui qui peut le plus, peut le moins, celui qui peut délivrer moins d'informations peut-il délivrer plus d'informations ?

Si le but recherché est effectivement la clarté de l'information transmise, la simplification pour une meilleure compréhension par les consommateurs non avertis des produits financiers et d'assurance, la liste devrait s'analyser en une énumération limitative, puisqu'abondance d'information nuit... notamment à l'objectif que le législateur s'est lui-même assigné.

Cependant, la multiplicité des informations mentionnées dans la notice d'information⁽⁵⁵⁾ et les termes employés par le législateur, recourent presque intégralement les conditions contractuelles, notamment lorsque la notice doit mentionner la « *définition contractuelle des garanties offertes* ».

Dans la pratique les conditions contractuelles se sont donc substituées à la notice d'information, car il ne s'agit en fait ni plus ni moins que d'une répétition de l'information. Remettre au client lors de la souscription, deux documents quasi identiques au lieu d'un, présente objectivement peu d'intérêt mais au contraire la certitude de la complexité et donc de l'absence de clarté de l'information.

Deux documents d'information pourraient sembler valoir mieux qu'un seul, surtout lorsque le souscripteur ne lit pas les conditions générales. Cependant, pour la sécurité même du souscripteur, il apparaît opportun de confirmer que les conditions générales valent notice d'information, celui-ci, bien souvent, des deux documents, ne s'en tenant qu'à la notice d'information, laquelle par définition ne peut être que moins complète que les conditions générales.

En tout état de cause, permettre par un formalisme ainsi interprété l'annulation du contrat de manière indéfinie, faute pour le délai de renoncia-

(55) Les informations visées par les articles A. 132-4 et A. 132-5 du Code des assurances sont plus nombreuses que celles mentionnées dans l'annexe III de la directive n° 2002/83/CE du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie, tout en omettant par exemple, l'information sur le régime fiscal applicable (a. 14).

tion de courir⁽⁵⁶⁾ est éminemment critiquable. Dans le contexte économique de la crise des marchés boursiers de 2001, la revendication n'est souvent qu'opportuniste et si le contentieux se développait, le législateur serait sans doute amené à intervenir au regard de l'enjeu économique, comme de la sécurité juridique.

La Cour d'appel de Paris a par ailleurs réagi en se prononçant encore récemment par un arrêt du 16 mars 2004⁽⁵⁷⁾, suivie par le Tribunal de grande instance de Paris revenant sur sa propre jurisprudence le 27 avril dernier⁽⁵⁸⁾, précisant que « *l'important n'est pas tant qu'il existe un support matériel unique ou deux documents distincts, mais que les informations ainsi exigées soient formulées de façon claire* ».

Plus généralement, au-delà du formalisme légal, la question essentielle est bien celle de la réalité de la formation d'un consentement éclairé. Le juge appréciera souverainement la réalité de l'information communiquée. L'automatisme de la sanction par la renonciation au contrat du seul fait de la non communication de la notice d'information, alors que l'assuré a reconnu avoir pris connaissance des conditions générales et que, par sa profession, ses antécédents ou les sommes investies, il a été non seulement informé, mais a parfaitement compris et mesuré la portée du contrat, est choquant. La porte de la résolution ne doit pas être ouverte sur un prétexte purement et exclusivement formel.

Les dispositions de l'article 1134 du Code civil exigeant l'obligation d'exécuter de bonne foi une convention, n'autorisent pas la revendication, après coup, d'un capital garanti sans risque. La jurisprudence, lorsque des responsabilités sont mises en œuvre, soulignera aussi que l'exigence d'un préjudice exclu l'incertitude de celui-ci et que même la perte de chance n'est pas « *la croyance au miracle* »⁽⁵⁹⁾.

(56) L'article L. 132-5-1 du Code des assurances dispose que toute personne physique qui a signé une proposition d'assurance ou un contrat a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pendant le délai de trente jours à compter du premier versement que le défaut de remise des documents et informations énumérés au présent alinéa entraîne de plein droit la prorogation du délai prévu au premier alinéa jusqu'au trentième jour suivant la date de remise effective de ces documents.

(57) C. Paris (7^e ch. A), 16 mars 2004, n° 2002/14229, Bonnardot c/ Gan Vie, DP Assurances 2004, n° 126, p. 6101.

(58) Trib. gr. inst. Paris (4^e ch., 1^{re} sect.), 27 avril 2004, n° 01/15056, Reboussin c/ Barclays Vie, DP Assurances 2004, n° 126, p. 6133.

(59) M. Vasseur, note sous Cass. com., 22 avril 1980, DS 1981, p. 22.

TOUTE REPRODUCTION MÊME PARTIELLE EST INTERDITE, SAUF EXCEPTIONS PRÉVUES PAR LA LOI
La réalisation de panoramas de presse sur intranet incluant un extrait du contenu de la présente publication est conditionnée à la conclusion d'un accord avec le Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC).