

Pourquoi le précompte de commissions n'est pas compatible avec la DDA !

L'objectif de la directive distribution est de protéger le consommateur. Il impose un strict respect de ses intérêts. Or, le précompte de commission tout comme l'escompte* présentent un conflit potentiel d'intérêt entre le distributeur rémunéré de cette manière et le client.*

Le précompte de commission, comme dans une moindre mesure l'escompte, anticipent le versement d'une commission sur des cotisations qui n'ont pas encore été encaissées. Ce qui permet de favoriser la trésorerie de l'intermédiaire à condition que celui-ci s'engage, généralement par voie contractuelle, à conserver le contrat de ce client dans le portefeuille de la compagnie le temps suffisant pour justifier du versement de la commission. Cette durée de conservation est en général de trois années, ce qui correspond à une commission de première année de 45 à 60% de la cotisation suivie d'une rémunération minorée les années suivantes. Ainsi, au lieu de percevoir classiquement une commission linéaire tout au long de la vie du contrat d'assurance, le précompte permet à l'intermédiaire d'assurance de percevoir un montant très supérieur de commission la première année puis minorée les années suivantes.

Si l'intérêt du précompte est de permettre aux intermédiaires de bénéficier de suffisamment de trésorerie pour financer le coût d'acquisition des clients, se pose la question de l'intérêt pour l'assuré.

Un potentiel conflit d'intérêts

En effet, l'économie de la commission précomptée suppose que les clients conservent leur contrat au long de la période minimale fixée par l'assureur. S'ils ne le font pas, l'intermédiaire doit alors restituer les commissions correspondantes en réalité non acquises. L'observation des portefeuilles constitués de cette manière montre une moindre qualité technique, une stabilité plus faible sur une durée moyenne (cinq ans) et de réelles difficultés liées à la nature même de ce système. En effet, s'il favorise la trésorerie des distributeurs il pèse sur celle des assureurs avec généralement des pertes liées au recouvrement des commissions indues. D'autre part, il impose mécaniquement de maintenir une production soutenue pour garantir des recettes constantes. En effet, les commissions précomptées sont absorbées dès la première année rendant indispensable de maintenir un niveau de souscriptions nouvelles suffisant. Une baisse significative de celles-ci pouvant avoir des conséquences importantes voire dramatiques sur la viabilité des portefeuilles. Il s'agit d'un dispositif qui s'apparente à une machine infernale, celle de la course en avant.

En 2016, à l'occasion de sa conférence annuelle de l'ACPR puis dans un article publié ensuite, un représentant de l'ACPR en charge du contrôle des intermédiaires au sein de la direction du contrôle des pratiques commerciales, estimait que la pratique du précompte n'était pas automatiquement compatible avec les nouvelles dispositions issues de la Directive sur la distribution d'assurances (DDA).

En effet, au sein du chapitre V de la DDA¹, l'article 17§3 dispose que :

« un distributeur de produits d'assurance ne prend en particulier aucune disposition sous forme de rémunération (...) qui pourrait l'encourager (...) à recommander un produit d'assurance particulier à un client alors que le distributeur de produits d'assurance pourrait proposer un autre produit qui correspondrait mieux aux besoins du client ».

Au sein du §46 du préambule de la DDA, il est prévu que :

« les politiques de rémunération pratiquées par les distributeurs de produits d'assurance vis-à-vis de leur personnel ou de leurs représentants n'entravent pas leur capacité à agir au mieux des intérêts des clients, ni ne les dissuadent de faire une recommandation adaptée ou de présenter l'information de manière impartiale, claire et non trompeuse. La rémunération fondée sur les objectifs de vente ne devrait pas constituer une incitation à recommander un produit particulier au client »

C'est pourquoi, en théorie, le précompte pour lequel les assureurs imposent à l'intermédiaire d'assurance de maintenir son client dans son portefeuille durant une période d'une durée prédéterminée, pourrait s'avérer contraire aux intérêts de l'assuré si les besoins de ce dernier venaient à changer pendant la même période sans être pris en compte par son intermédiaire. Avec le risque de devoir rembourser tout ou partie des commissions perçues s'il ne conserve pas ses clients dans son portefeuille pendant une durée minimale, l'intermédiaire d'assurance pourrait être tenté de dissuader son assuré de modifier et/ou de changer de contrat d'assurance alors même que l'évolution de ses besoins le nécessiterait. De même, à l'issue de la durée minimale, la situation inverse pourrait éventuellement aboutir à faire migrer un assuré vers un contrat d'assurance proposé par un nouvel assureur pour permettre à l'intermédiaire d'assurance d'encaisser une commission précomptée alors même que les besoins du client ne nécessitaient pas une telle migration.

Par essence, ce système de commissionnement précompté s'oppose à une souscription saine et vertueuse. Il induit de potentiels conflits d'intérêts entre le client et le distributeur. Ce dernier subit une contrainte supérieure, il doit conserver ce client avec ce contrat-là. Une situation qui s'oppose aux principes mêmes de la directive distribution. En effet, celle-ci veut mettre fin aux situations de potentiels conflits d'intérêts. Elle impose à chaque distributeur de procéder à l'analyse des besoins du client préalablement à la recherche de la meilleure solution possible. Ce qui bannit tous les dispositifs commerciaux dirigés vers la vente d'un produit et plutôt qu'un autre. D'où l'obligation d'anticiper les situations à risque en supprimant tout ce qui peut être de nature à constituer de potentiels conflits d'intérêts. Il est important de souligner que cette obligation ne vise pas à dénouer les conflits, mais à empêcher leur survenance. La chasse aux situations à risque est donc ouverte. Il paraît évident que le précompte de commission est directement visé.

Une entrave au devoir de conseil

L'obligation de conseil ne peut guère s'accommoder de dispositions qui brident nettement la capacité du distributeur à aider un client à modifier son niveau de couverture voire à changer de contrat. En effet, le distributeur doit avoir les coudées

franches pour accompagner son client dans l'évolution de ses besoins. La directive pose une ambition forte parfaitement formulée dans l'article L 521-1. I du code des assurances (article 17 §1 de la DDA) qui précise que *chaque distributeur doit agir de manière honnête, impartiale et professionnelle, et au mieux des intérêts du client*. Une règle de conduite qui impose *de facto* que l'intérêt du client prime. Nous sommes au cœur du principe même de l'intermédiation qui suppose la satisfaction du client. Les organisations commerciales et/ou les incitations tendues vers la vente d'un produit sont par nature contraires à l'objectif poursuivi par la nouvelle réglementation.

Pour renforcer cette orientation, l'article L 521-1. III du code des assurances (transposant l'article 17§3 de la DDA) stipule que les distributeurs de produits d'assurance ne sont pas rémunérés ou ne rémunèrent pas ni n'évaluent les performances de leur personnel d'une façon qui contrevienne à leur obligation d'agir au mieux des intérêts du souscripteur ou de l'adhérent.

Ainsi un distributeur de produits d'assurance ne prend en particulier aucune disposition sous forme de rémunération, d'objectifs de vente ou autre qui pourrait l'encourager ou encourager son personnel à recommander un produit d'assurance particulier à un souscripteur éventuel alors que ce distributeur pourrait proposer un autre produit d'assurance correspondant mieux aux exigences et aux besoins du souscripteur éventuel.

Tout est dit !

Le conflit d'intérêt n'est pas automatiquement soluble dans sa révélation

La législation prévoit désormais que lorsque le conflit d'intérêt est avéré il doit être révélé au client après que le distributeur ait tenté de le résoudre. Ce qui revient à dire que la révélation du conflit doit décrire les mesures prises pour l'éviter. Seul le client peut décider s'il passe outre et avalise le conflit d'intérêt ou s'il le refuse. Dans ce cas, il reprend sa liberté. Il est bien entendu que l'information délivrée au client doit être complète, explicite et comprise par lui.

Néanmoins, cette démarche ne peut qu'être ponctuelle et résulter d'une situation de fait. Un dispositif général, tel le précompte de commission, ne peut à notre sens entrer dans cette faculté de résolution qui ne peut qu'être exceptionnelle. Son caractère systématique constitue une situation générale de conflits d'intérêts, telle une usine organisée pour produire industriellement des situations contestables. En cela, elle nous paraît critiquable et pourrait entraîner des sanctions.

Certes, ni la DDA ni les différents textes de transposition en droit français n'interdisent expressément le recours aux commissions précomptées. Cependant, leur existence est désormais conditionnée au respect des différentes obligations issues de la DDA et en particulier à celles de la prévention des conflits d'intérêts. Ce qui est la quadrature du cercle !

Naturellement, il faudra attendre la position formelle de l'ACPR et de pouvoir décrypter la jurisprudence pour conforter cette opinion ou l'infirmier. Il semble bien toutefois que ces formes de rémunération sont dans le viseur des autorités et il serait prudent d'y mettre fin. Certes, cela poserait une difficulté économique à nombre d'opérateurs, mais il existe des solutions alternatives qui permettent de financer le développement d'activités tout en étant respectueuses du code des assurances et vertueuses tant à l'égard des clients que de la qualité des portefeuilles apportés aux assureurs.

Alain Curtet
Avocat au barreau de Paris

Henri Debruyne
Président du MEDI

*Encadré :

Le précompte de commission est une avance sur commissions. Il est rattaché à un contrat souscrit par un client. La commission majorée est versée l'année de la souscription du contrat d'assurance concerné, les montants minorés sont versés lors de la reconduction du contrat.

L'escompte de commission verse la totalité de la commission dès la souscription du contrat sans tenir compte ni la prise d'effet réelle, ni du versement de la cotisation par le client.