

A l'heure où les institutions financières cherchent les chemins de la croissance, la frontière naturelle entre opérations de banque et opérations d'assurance semble incertaine. Analyse d'un mécanisme qui pourrait menacer l'assurance emprunteur.

EMPRUNTEUR

# Le spectre de la clause libératoire



**ANTOINE BEAUQUIER**  
avocat associé  
droit bancaire et droit pénal  
des affaires  
Beauquier Belloy Gauvain



**FRANCK POINDESSAULT**  
avocat associé  
assurances et réassurance  
Beauquier Belloy Gauvain

**A**vec l'essor de la bancassurance, les réseaux bancaires sont des acteurs majeurs de la distribution d'assurances, souvent souscrites auprès de sociétés constituées en interne par la banque maison mère. En réponse, l'assurbanque a émergé, témoignant de l'interpénétration de ces deux institutions financières. Au-delà de la distribution par une institution des produits de l'autre, c'est désormais la différence de nature de leurs produits qui mérite d'être discutée.

Le débat n'est pas nouveau, certains terrains de chasse étant manifestement communs. Ainsi la délivrance d'une caution peut-elle être qualifiée d'opération de crédit au sens de l'article L. 313-1 du code monétaire et financier (CMF) ou constituer le support d'une opération d'assurance relevant de la branche 15 prévue par l'article R. 321-1 du code des assurances. Cependant, l'évolution à l'étranger de certains prêts invite à une nouvelle réflexion sur l'étanchéité des secteurs de la banque et de l'assurance. Sans entrer dans une analyse détaillée de droit bancaire international, retenons de ces mécanismes étrangers leur trait commun : la libération de l'emprunteur de son obligation de restituer les fonds, en cas de survenance d'événements tels que le décès, la maladie, l'incapacité... Dans ces cas, ce n'est pas un assureur qui couvre le risque de l'emprunteur, mais le banquier lui-même qui le libère, par application des seules dispositions du contrat de crédit (ci-après le mécanisme libératoire). Ce type de mécanisme regroupe de manière indissociable le crédit et la protection de l'emprunteur au sein d'un même contrat, ce qui *prima facie* semble délicat au regard du droit français. En effet, l'article L. 312-1-2 du CMF interdit aux établissements de crédit d'établir des offres groupées lorsque les produits ou prestations de services inclus dans l'offre groupée sont indissociables. Par ailleurs, la loi Lagarde du 1<sup>er</sup> juillet 2010 encourage le libre choix de l'assurance emprunteur, avec le nouvel article L. 312-9 du code de la consommation qui interdit aux banquiers de subordonner le crédit immobilier à la souscription de l'assurance groupe maison. Or, il semble que le mécanisme libératoire pourrait contourner ces règles, au détriment du marché de l'assurance emprunteur. Afin de vérifier la possibilité d'une reconnaissance du mécanisme libératoire par le droit français, il convient de se demander si le prêteur peut donner un crédit aléatoire et s'interroger sur les sanctions d'une requalification en assurance emprunteur.

## LE PRÊTEUR PEUT-IL DONNER UN CRÉDIT ALÉATOIRE ?

### LE MÉCANISME LIBÉRATOIRE TRANSFORME LE PRÊT EN CONTRAT ALÉATOIRE

La faculté de renoncer à un droit est perçue depuis le code justinien comme l'exercice d'une liberté. Le code civil autorise d'ailleurs, parmi les cas d'extinction des obligations, la remise de dette contractuelle (art. 1282 et s.). L'objet de ce contrat porte sur les droits acquis du créancier renonçant et il ne fait nul doute qu'un prêteur peut renoncer à ses droits acquis (dans le respect de lois applicables aux libéralités, transactions, procédures collectives...). Cependant, le mécanisme libératoire semble bien avoir un autre objet : il vise à faire dépendre l'obligation de l'emprunteur d'un événement incertain, la réalisation du risque prévu au contrat. Dès lors, le contrat de crédit est rendu « aléatoire » (art. 1964 C. civ.), à l'instar du contrat d'assurance. Or, avant l'émergence d'un marché de l'assurance, les banquiers pouvaient s'engager *ex ante* dans les termes de crédits aléatoires. Ainsi les prêts en matière de com- >>

» merce maritime dits "à la grosse aventure" permettaient de libérer l'armateur emprunteur de son obligation de restitution en cas de naufrage du bateau affrété avec les deniers empruntés. Ces prêts sont classiquement présentés comme les ancêtres de l'assurance. Pour savoir s'ils pourraient encore recevoir la qualification d'opération de crédit, il convient de les confronter aux règles encadrant l'activité des établissements de crédit.

### L'ÉTABLISSEMENT DE CRÉDIT NE PEUT DÉVELOPPER UNE ACTIVITÉ DE NATURE ASSURANTIELLE

L'article L. 511-3 du CMF interdit par principe aux établissements de crédit d'effectuer à titre habituel des opérations qui n'entrent pas dans la définition des « opérations de banque », c'est-à-dire : « la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement » (art. L. 311-1, CMF). Les « opérations de crédit » sont notamment définies à l'article L. 313-1 du CMF comme « tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ».

Cette définition légale n'évoque que l'obligation du prêteur (mise à disposition des fonds onéreuse). Il pourrait dès lors être envisagé que l'obligation de l'emprunteur (restitution) ne soit pas un élément constitutif de l'opération de crédit, de sorte que le banquier aurait toute liberté pour la supprimer sans que cela n'impacte la nature de l'opération. Cependant, une telle position se heurterait à la doctrine bancaire, qui s'accorde à considérer comme élément constitutif du contrat de crédit l'obligation de restitution des fonds. De plus, les règles générales du code civil prévoient que la restitution des fonds avancés est l'obligation essentielle de l'emprunteur (cf. art. 1902 et s.). Dans cette mesure, il pourrait être considéré que le mécanisme libératoire procède d'une opération distincte de « l'opération de crédit » visée par l'article L. 313-1 du CMF.

En plus des opérations de crédit, les établissements de crédit peuvent effectuer des opérations qui leur sont « connexes ». Cependant, ces opérations connexes sont limitativement énumérées par l'article L. 311-2 du CMF qui ne prévoit pas la possibilité d'effectuer des opérations résultant du mécanisme libératoire. Notons que cet article n'autorise pas non plus l'activité d'assurance connexe aux opérations de banque.

Par ailleurs, les établissements de crédit peuvent être autorisés, dans les conditions définies par le ministre de l'Économie, à pratiquer des opérations autres que les opérations de banque mais à condition, notamment, de « ne pas empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché considéré » (L. 511-3 préc. *in fine*). Or, une autorisation du mécanisme libératoire dans tous contrats de prêt rendrait inutile la souscription d'une assurance emprunteur et pourrait *de facto* avoir pour objet ou pour effet « de fausser la concurrence » sur le marché de l'assurance emprunteur. Dès lors, il est peu envisageable qu'une autorisation générale du mécanisme libératoire soit prochainement autorisée. Ainsi, ce mécanisme ne semble pas relever de l'activité des établissements de crédit.

### LE RISQUE DE REQUALIFICATION DU MÉCANISME LIBÉRATOIRE EN ASSURANCE EMPRUNTEUR

#### L'ACCEPTION LARGE DE L'ASSURANCE PERMET D'Y ENGBLOBER LE MÉCANISME LIBÉRATOIRE

Le droit français ne comporte pas de définition du contrat d'assurance. Il est néanmoins classiquement entendu que l'assurance suppose une mutualisation des risques et qu'elle procède d'un contrat :

- **consensuel** : il se forme du seul accord de volonté des parties indépendamment du formalisme imposé par le code des assurances ;
- **synallagmatique** : les deux parties ont des obligations réciproques, le souscripteur devant en particulier payer la prime d'assurance, et l'assureur, l'indemnité en cas de réalisation du risque couvert ;
- **aléatoire** : l'article 1964 du code civil donne le contrat d'assurance comme l'un des exemples types du contrat aléatoire.

Manifestement, le mécanisme libératoire répond à ces critères de l'assurance. En effet, le prêteur organiserait une mutualisation des risques entre ses clients. De même, l'accord sur le mécanisme libératoire serait manifestement intervenu par consentement mutuel. Une interrogation pourrait porter sur les obligations réciproques des parties puisque l'emprunteur pourrait ne pas avoir payé de prime spécifique : cependant, il semble difficilement envisageable que le prêteur ne tienne pas compte du risque de non-remboursement du prêt dans le taux d'intérêt, ce qui pourrait suffire à caractériser l'existence d'une prime. Enfin, l'incertitude sur la réalisation du risque protégé caractériserait bien l'aléa. Le risque de requalification de la clause libératoire en "assurance emprunteur" semble donc réel.

### LES SANCTIONS POTENTIELLES DE LA REQUALIFICATION EN ASSURANCE EMPRUNTEUR

En cas de requalification, le banquier serait exposé à de multiples sanctions disciplinaires et pénales, outre certaines conséquences civiles. Tout d'abord, aux sanctions disciplinaires de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP), allant de l'avertissement au retrait d'agrément, en passant par une amende pouvant atteindre 100 M€ (L. 612-39 CMF).

De plus, le banquier serait exposé à des risques pénaux, liés en particulier à l'exercice illégal de l'assurance (pratique sans agrément). A ce titre, il encourrait les peines prévues par l'article L. 310-27 du code des assurances, qui sanctionne les personnes physiques de trois ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende et les personnes morales d'une amende du quintuple (L. 131-38 C. pén.), outre les peines additionnelles décrites à l'article L. 131-39 du code pénal (allant de la diffusion de la décision jusqu'à la dissolution de la personne morale, en passant par des mesures intermédiaires telles que le placement sous surveillance judiciaire).

Par ailleurs, le banquier pourrait être exposé aux risques d'autres actions à son encontre : il peut en particulier être envisagé une extension du contentieux avec assureurs sur le terrain de la concurrence. Enfin, il reste que le mécanisme libératoire requalifié en contrat d'assurance devrait produire ses effets au profit des emprunteurs assurés, le code monétaire et financier ne sanctionnant pas les clients des établissements de crédit en cas d'activité non autorisée.

Au terme de cette analyse, il semble difficile d'envisager l'admission du mécanisme libératoire sans qu'une loi spécifique ne vienne l'autoriser en France. Cependant, dans cette hypothèse, il conviendrait d'anticiper certaines des difficultés qui ont pu être recensées à l'étranger, notamment fiscales (par exemple, l'exonération du remboursement de prêts étudiants semble interprétée par l'administration fiscale américaine comme une source de revenus soumise à l'impôt).

Enfin, à supposer que le risque emprunteur ait vocation à échapper au monde de l'assurance, il ne fait guère de doutes que les établissements de crédit chercheront à transférer au marché de l'assurance leurs "pertes pécuniaires" résultant du mécanisme libératoire. Un nouveau marché pourrait alors se développer : l'assurance prêteur. ■