

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

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

Cass. 2^e civ., 16 sept. 2021, n° 19-25.314, F-D, *bjda.fr* 2021, n° 77, note L. Lefebvre.

Distinction entre indication et distribution : critères et risques

Cass. 2^e civ., 16 sept. 2021, n° 19-25314, F-D

Assureurs et distributeurs d'assurance - Indication d'assurance – Intermédiation – Distinction – Critères de qualification – Régime - Rémunération

Par l'arrêt rapporté, la Cour de cassation rappelle les critères de distinction entre les activités de distributeur et d'indicateur d'assurance à l'occasion d'un litige entre deux courtiers au sujet de rétrocessions de commissions.

En l'espèce, entre 1994 et 2008, s'était nouée une collaboration, selon l'arrêt, « *en vue de la présentation de produits d'assurance* » entre un courtier grossiste et un partenaire, d'abord personne physique, puis cabinet de courtage inscrit au RCS dans la catégorie « courtier d'assurance » et, après la transposition de la directive sur l'intermédiation en assurances¹, au registre de l'ORIAS. Les commissions convenues cessaient d'être réglées en raison de la radiation de l'ORIAS de ce dernier dans le cadre d'une procédure collective ouverte à son encontre, l'article R. 511-3 du Code des assurances prévoyant que : « *La rémunération allouée au titre de l'activité d'intermédiation ne peut être rétrocédée en totalité ou en partie qu'à l'un des intermédiaires mentionnés au I de l'article R. 511-2* ».

Dans ce dossier, la Cour de cassation avait, une première fois, eu l'occasion de confirmer le principe selon lequel aucune rémunération ne pouvait être versée à un intermédiaire non inscrit à l'ORIAS, y compris au titre d'actes de distribution antérieur à la radiation². Le débat rebondissait toutefois, le courtier soutenant que la commission rétribuait non pas la distribution de produits d'assurance mais une simple activité d'indicateur.

Cette argumentation était reprise par les juridictions du fonds³ considérant que l'objet de la convention, conclue avant même la création du registre de l'ORIAS et donc avant toute inscription en tant qu'intermédiaire, était nécessairement limitée à l'apport d'affaire et, en

¹ Directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance transposée par la loi n° 2005-1564 du 15 déc. 2005.

² Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 2019, 16-24398.

³ CA Grenoble 24 oct. 2019, n° 19/00872.

l'absence d'avenant ou de modification, n'avait jamais pu s'étendre à une activité de distribution ou intermédiation de produits d'assurance. Cette approche déductive est balayée par la Cour de cassation rappelant, à juste titre, que la qualification de la distribution d'assurance ne dépend pas du statut des opérateurs mais de l'activité effectivement exercée.

L'intermédiation en assurance ou aujourd'hui, après transposition de la DDA⁴, la distribution d'assurances est en effet une activité règlementée consistant notamment « à *présenter, proposer ou aider à conclure des contrats d'assurance ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion* »⁵. Toute activité relevant de cette définition implique – sauf pour les organismes d'assurance - l'inscription au registre de l'ORIAS dans l'une des catégories prévues à cet effet : courtier, mandataire d'assureur, mandataire d'intermédiaire ou agent. Le défaut d'inscription n'est, bien entendu, pas un critère pour qualifier ou disqualifier l'activité exercée mais une simple obligation pour l'opérateur concerné dont le non-respect entraîne un risque de sanction pénale⁶. Aucun des éléments de distinction retenus par la Cour d'appel, à savoir l'absence d'inscription à l'ORIAS d'une part et l'absence d'obligation à la date de la réalisation de l'opération d'assurance d'une telle inscription d'autre part, ne permettait de déterminer si l'opérateur en question s'était ou non livré à une activité d'intermédiaire.

En effet, tandis que l'activité d'indicateur se limite « à *mettre en relation l'assuré et l'assureur, ou l'assuré et l'un des intermédiaires mentionnés à l'article R. 511-2, ou à signaler l'un à l'autre* »⁷ ou, depuis la transposition de la DDA, « *la simple fourniture d'informations sur des produits d'assurance ou de réassurance, sur un intermédiaire d'assurance ou de réassurance, une entreprise d'assurance ou de réassurance à des preneurs d'assurance potentiels, lorsque le fournisseur ne prend pas d'autres mesures pour aider le souscripteur ou l'adhérent à conclure un contrat d'assurance ou de réassurance* »⁸, l'activité d'intermédiaire suppose un acte d'entremise, soit « *une mission de recherche, de négociation, et/ou de conclusion, est tendue vers une manifestation de volonté du tiers conforme aux attentes du donneur d'ordres et destinée à lui profiter* »⁹. L'enjeu pour les parties à un litige et pour les juridictions est donc de déterminer si l'activité déployée a pour objectif et finalité la conclusion / placement d'un contrat d'assurance ou si elle s'achève par l'indication de contractants potentiels, assureurs, prospects, intermédiaires, l'un à l'autre.

La Cour de cassation, dont ce n'est pas le rôle, ne tranche pas cette question. Elle casse seulement l'arrêt d'appel en ce qu'il a statué sur le fondement de critères ne permettant pas de qualifier juridiquement l'activité en cause, cette qualification étant nécessaire pour permettre, en cas d'indication, ou exclusion, en cas de distribution, la rémunération de l'opérateur.

Sur la méthode, l'arrêt rapporté est exempt de toute critique, l'inscription ou non à un registre restant, à l'évidence, sans incidence sur la nature et les conditions de l'activité réalisée qu'il incombe aux juridictions de qualifier. Cependant, l'analyse aboutit à une solution à notre sens étonnante, pour ne pas dire absurde, au regard des principes encadrant l'activité des courtiers en assurance.

Schématiquement, cette activité consiste principalement à placer le risque et conseiller un client. Sur le plan juridique, comme le rappelle la jurisprudence et la doctrine, « *la commission*

⁴ Ordonnance n° 2018-361 du 16 mai 2018 transposant la directive n° 2016/97 sur la distribution d'assurances.

⁵ C. assur., art. L. 511-1.

⁶ C. assur., art. L. 514-1.

⁷ C. assur., art. R. 511-3.

⁸ C. assur., art. L. 512-1.

⁹ D. GANTSCHNIG, *La qualification générique de contrat d'entremise*, LGDJ, 2018.

au courtier trouve sa cause moins dans les démarches accomplies de celui-ci mais dans le bénéfice procuré à la compagnie à qui il a conduit un nouveau client. En conséquence cette rémunération ne doit cesser que si le bénéfice cesse lui-même », « ce bénéfice résultant de l'apport de l'affaire »¹⁰. S'il peut être admis que la radiation du registre de l'ORIAS ne permet plus à l'intermédiaire de conseiller ou « fournir des recommandations sur des contrats d'assurance »¹¹ et de percevoir une rémunération à ce titre, en revanche, la contrepartie de l'apport de l'affaire ou du placement opéré par son intermédiaire, alors que celui-ci était administrativement en règle, devrait être maintenu et le commissionnement se poursuivre aussi longtemps que l'affaire apportée elle-même. Comment expliquer d'ailleurs qu'un intermédiaire puisse céder son droit à commission, dans le cadre d'une cession de portefeuille, mais pas le conserver après arrêt de son activité de distribution ? Comment expliquer que l'assureur puisse s'exonérer de toute obligation et s'approprier la commission de son partenaire du fait d'une radiation du registre de l'ORIAS. La cour de cassation avait, dans une autre décision, tenté - sans convaincre - de justifier sa position par le souci de « garantie un service d'intermédiation de qualité »¹². Or, la décision d'un opérateur de ne plus continuer son activité n'a pas d'incidence sur les services d'intermédiation passés et ne devrait pas en avoir davantage sur un droit contractuel convenu librement avec un assureur ou, comme c'est le cas en l'occurrence, un courtier grossiste. Cette solution jurisprudentielle qui se confirme implique en tout cas aux parties d'organiser, si elles le souhaitent, contractuellement le maintien de la rémunération.

Lionel Lefebvre,
Avocat à la Cour
Associé - Orid Avocats

L'arrêt :

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 24 octobre 2019), rendu sur renvoi après cassation (1^{re} Civ., 6 février 2019, n° 16-24.398), la société April santé prévoyance (la société April), qui exerce une activité de courtier d'assurance, et M. [D] ont conclu le 28 avril 1994 un contrat de « partenariat » en vue de la présentation des produits d'assurance proposés par la société April, en contrepartie du versement d'une commission mensuelle par contrat apporté.
2. En 1996, M. [D] a poursuivi son activité sous l'enseigne Cabinet Épargne sans frontières, à laquelle s'est substituée, en 2001, la société Épargne sans frontières.
3. Cette dernière, immatriculée au registre du commerce et des sociétés et inscrite au registre unique des intermédiaires d'assurance dans la catégorie « courtier d'assurance » à compter de 2001, a poursuivi, jusqu'à sa mise en liquidation judiciaire, par jugement du 6 novembre 2008, la présentation des contrats d'assurance proposés par la société April.
4. La société Épargne sans frontières a alors été radiée du second registre, pour cessation d'activité, par l'Organisme pour le registre des intermédiaires d'assurances (l'ORIAS).
5. Soutenant que l'article R. 511-3 du code des assurances lui interdisait de rémunérer un intermédiaire non immatriculé qui ne poursuivait pas son activité de courtage, la société April, qui avait payé jusqu'au 6 juin 2013 les commissions mensuelles dues sur les contrats apportés par la

¹⁰ J. Bigot, Tr. droit des assurances, l'intermédiation en assurance, t. 2, LGDJ, 2^e éd., 2009, n° 423.

¹¹ C. assur., art. L. 511-1.

¹² Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2018, 16-16743.

société Épargne sans frontières, a informé le liquidateur judiciaire de cette dernière, par lettre du 26 juillet 2013, de l'interruption de ses paiements.

6. Le liquidateur de la société Épargne sans frontières, devenue la société de mandataires judiciaires Alliance MJ, a alors assigné la société April en paiement des commissions devenues exigibles à compter du 5 juillet 2013, tandis que cette dernière a reconventionnellement sollicité la restitution des commissions qu'elle estimait avoir indûment payées à compter du 1er janvier 2009.

7. Un arrêt de la Cour de cassation du 6 février 2019 (1re Civ., 6 février 2019, n° 16-24.398) a cassé les arrêts ayant accueilli la demande principale, en jugeant, en substance, que les articles R. 511-2, I, et R. 511-3, II, alinéa 1er, du code des assurances ne sauraient avoir pour effet de permettre à un courtier d'assurance de percevoir une rémunération après sa radiation du registre unique des intermédiaires au seul motif qu'il demeure inscrit au registre du commerce et des sociétés pour l'activité de courtage.

Sur le premier moyen, pris en sa deuxième branche

Enoncé du moyen

8. La société April fait grief à l'arrêt de dire qu'elle n'est pas fondée à se prévaloir de la radiation de la société Épargne sans frontière de l'ORIAS pour cesser le paiement de ses commissions dues au rapporteur d'affaires et, en conséquence, de la condamner à payer à la société Alliance MJ, en qualité de liquidateur judiciaire de la société Épargne sans frontières, les commissions dues depuis le 5 juillet 2013 jusqu'à la date la plus proche de la clôture, alors « que la cour d'appel s'en est tenue à la circonstance que M. [D] ne s'était pas présenté comme courtier en assurance dans le contrat pour écarter cette qualification invoquée par la société April, sans rechercher si les termes du contrat se bornaient à mettre à sa charge une mise en relation entre assureur et assuré ; qu'en appliquant ainsi le régime de l'indication en assurance sans en caractériser les éléments, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 511-1, L. 512-1 et R. 511-3 du code des assurances. »

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 511-1 du code des assurances, dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005, et l'article R. 511-3 de ce code :

9. Selon le premier de ces textes, l'intermédiation en assurance ou en réassurance est l'activité qui consiste à présenter, proposer ou aider à conclure des contrats d'assurance ou de réassurance ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion. Est un intermédiaire d'assurance ou de réassurance toute personne qui, contre rémunération, exerce une activité d'intermédiation en assurance ou en réassurance.

10. Selon le second, est un indicateur d'assurance celui dont le rôle se borne à mettre en relation l'assuré et l'assureur, ou l'assuré et l'un des intermédiaires mentionnés à l'article R. 511-2 du code des assurances, ou à signaler l'un à l'autre.

11. L'arrêt, pour dire que la « proposition de partenariat » du 28 avril 1994 liant M. [D], puis la société Épargne sans frontières, à la société April ne pouvait être qu'un contrat d'apporteur d'affaires, relève tout d'abord qu'à la rubrique « Êtes-vous ? » qu'il renferme, ni la case « Agent Général d'Assurance », ni la case « Courtier d'Assurance » n'ont été cochées contrairement à la case « Conseil en gestion du Patrimoine Conseil financier. »

12. En se déterminant ainsi, sans rechercher si les termes de ce contrat se bornaient à mettre à la charge de M. [D] puis de la société Épargne sans frontières une mise en relation entre la société April et l'assuré, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Sur le premier moyen, pris en ses troisième, quatrième et cinquième branches

13. La société April fait encore les mêmes griefs à l'arrêt, alors :

« 3°/ que si l'inscription à l'ORIAS est, depuis 2005, une obligation pour les intermédiaires en assurance, le constat de l'absence d'inscription à l'ORIAS ne permet pas d'exclure la qualification d'intermédiaire en assurance qui dépend exclusivement de la nature de l'activité et non de la légalité de ses conditions d'exercice ; que pour juger que M. [D], puis la société Epargnes sans Frontières n'étaient, avant 2001, que des apporteurs d'affaires et non des intermédiaires en assurance, la cour

d'appel s'est fondée sur la circonstance qu'avant cette date, il n'y avait pas eu d'inscription à l'ORIAS ; que pour écarter comme inopérant un contrat d'adhésion produit par l'exposante pour démontrer que son cocontractant étaient un intermédiaire en assurance, la cour d'appel a relevé qu'il était antérieur à l'inscription à l'ORIAS ; qu'en se fondant ainsi sur l'absence d'inscription à l'ORIAS pour exclure la qualité d'intermédiaire en assurance, et en particulier de courtier en assurance, la cour d'appel a statué par des motifs inopérants, privant ainsi sa décision de base légale au regard des articles L. 511-1, L. 512-1 et R. 511-3 du code des assurances ;

4°/ en tout état de cause, que l'immatriculation à l'ORIAS des intermédiaires en assurance n'est devenue obligatoire qu'avec la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance ; qu'en se fondant sur la double circonstance que la société April n'avait pas exigé l'inscription à l'ORIAS de M. [D], signataire du contrat en 1994, et que la société Épargne sans frontières, qui avait repris ce contrat, n'avait été inscrite à l'ORIAS qu'en 2001, pour exclure la qualité d'intermédiaire en assurance, et en particulier de courtier en assurance, du cocontractant d'April, la cour d'appel a violé, par fausse application dans le temps, l'article L. 512-1 du code des assurances ;

5°/ en tout état de cause, qu'en refusant d'examiner, comme inopérante, une demande d'adhésion du 23 février 2000 au motif qu'elle avait été réalisée à une date antérieure à l'inscription à l'ORIAS, quand l'activité d'intermédiation et de courtage en assurance n'exigeait pas une telle inscription à cette date, la cour d'appel a violé, par fausse application dans le temps, l'article L. 512-1 du code des assurances. »

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 512-1 du code des assurances, dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 :

14. Selon ce texte, les intermédiaires définis à l'article L. 511-1 du même code doivent être immatriculés sur un registre unique des intermédiaires.

15. L'arrêt, pour exclure l'exercice par M. [D] et la société Épargne sans frontières d'une activité d'intermédiaire d'assurance, relève, d'une part, que la société April n'avait pas exigé l'inscription à l'ORIAS du signataire du contrat en 1994, d'autre part, que la société Épargne sans frontières, qui avait repris ce contrat, n'avait été inscrite à l'ORIAS qu'en 2001.

16. L'arrêt retient encore, pour refuser d'examiner, comme inopérante, une demande d'adhésion du 23 février 2000, qu'elle avait été réalisée à une date antérieure à l'inscription à l'ORIAS.

17. En statuant ainsi, alors, d'une part, que l'absence d'immatriculation à l'ORIAS n'est pas, en soi, de nature à exclure la qualification d'intermédiaire en assurance, d'autre part, que l'obligation d'immatriculation des intermédiaires d'assurance à l'ORIAS n'a été instituée que par la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Portée et conséquences de la cassation

18. En application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation des dispositions de l'arrêt condamnant la société April à verser à la société Alliance MJ, es qualités, les commissions dues depuis le 5 juillet 2013 entraîne, par voie de conséquence, la cassation du chef de l'arrêt rejetant la demande de la société April en répétition de l'indu au titre des commissions déjà versées, qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi, la Cour :
CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 octobre 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Grenoble ;