



Cessions de portefeuille sans fonds de commerce

■ Pour céder totalement ou partiellement l'activité d'un assureur ou d'un courtier, le transfert de portefeuille est une pratique de plus en plus utilisée. Mais son périmètre juridique pose des difficultés.

La cession de portefeuille n'inclut pas d'autre actif que des contrats (les polices s'agissant d'un portefeuille d'assurance). On devrait donc pouvoir la distinguer aisément de la cession d'un fonds de commerce. En pratique, ce n'est pas toujours le cas. On verra également que la cession du portefeuille d'assurance bénéficie de dispositions légales la facilitant, ce qui n'est pas le cas de la cession du portefeuille de courtage. En particulier, les modalités de transfert d'un portefeuille d'assurance ou de courtage ne sont pas identiques.

Ce qu'est un fonds de commerce

En présence d'un fonds de commerce, le droit français exige le respect d'un certain nombre de règles assez contraignantes : publicité, droit d'opposition des créanciers, etc. Or, toute la difficulté vient du fait que le droit français ne définit pas positivement ce qu'est un fonds de commerce. Les articles L. 141-5 et L. 142-2 du code de commerce énumèrent les éléments qui peuvent composer le fonds de commerce, en distinguant les éléments corporels des éléments incorporels. Parmi les éléments incorporels, figurent la clientèle, le nom commercial, l'enseigne, la marque, le droit au bail, les brevets et autres droits de propriété industrielle. Les éléments

corporels incluent les marchandises et le matériel.

Les contrats, quand bien même ils seraient des composantes déterminantes de la réussite de l'entreprise et des supports essentiels de la clientèle pour certaines activités, ne figurent pas dans la liste précitée. La jurisprudence est venue confirmer que les contrats ne font pas partie des éléments constitutifs d'un fonds de commerce. On notera d'ailleurs qu'en droit français, la cession des contrats suppose en tout état de cause l'accord de toutes les parties concernées (qu'il soit donné dès la conclusion du contrat ou par la suite).

Il existe des exceptions au principe d'exclusion des contrats de la cession, qui sont alors imposées par des dispositions légales spécifiques (contrats de travail notamment).

En l'absence d'autre élément d'actif transféré (y compris actif

incorporel), une cession d'un portefeuille d'assurance ou de courtage ne devrait pas relever du régime de la cession de fonds de commerce.

Il faut cependant se garder d'une conclusion trop rapide, car cette analyse est parfois rendue difficile par les circonstances de la vente, en particulier lorsque l'assureur ou le courtier cesse son activité après la cession de portefeuille. Sans entrer dans le détail d'un débat fourni, il convient de noter que la clientèle est en effet considérée unanimement comme un élément essentiel du fonds de commerce. Si l'assureur ou le courtier cesse son activité, la question reste de savoir si une clientèle cédée « seule » peut être considérée comme nécessitant le respect des dispositions applicables à la cession de fonds de commerce.

Si une jurisprudence ancienne semble l'avoir admis, la doctrine ne s'accorde toutefois pas sur l'interprétation de la portée de cette décision, et la majorité des auteurs semble s'accorder sur le fait que la cession de la seule clientèle, sans aucun autre élément d'actif, ne devrait pas être assimilée à une cession de fonds de commerce.

Le point essentiel est donc de vérifier qu'aucun autre élément d'actif n'est transmis en même temps que les contrats. Le même type de raisonnement doit être

LES AUTEURS

Hugues Scalbert, avocat associé

Richard Ghueldre, avocat associé

Guillaume Rougier-Brière,
avocat associé

Jean-Gabriel Flandrois,
avocat associé

Charles-Éric Delamare-Deboutteville,
avocat *counsel*

Départements fusions-acquisitions,
droit des sociétés et assurances
de Gide-Loyrette-Nouel

Toute la difficulté vient du fait que le droit français ne définit pas positivement ce qu'est un fonds de commerce.





mené pour vérifier que les parties ne cèdent pas une entité économique autonome, ce qui aurait notamment pour effet de déclencher le transfert des salariés.

Le portefeuille d'assurance

L'article L. 324-1 du code des assurances (code de la mutualité, article L. 212-11, code de la sécurité sociale, article L. 931-16), qui prévoit la possibilité pour les entreprises d'assurances de transférer volontairement, après autorisation de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), « tout ou partie de leur portefeuille de contrats, couvrant des risques ou des engagements [...] avec ses droits et obligations, à une ou plusieurs entreprises d'assurances », ne définit pas la nature de ces opérations de transfert.

Plus généralement, le code des assurances énumère trois cas de transfert de portefeuille d'assurance :

- le premier consiste en un transfert d'office du portefeuille d'une société d'assurances, notamment lorsque celle-ci n'est plus à même de satisfaire à ses obligations envers ses assurés ;
 - le deuxième, régi par les dispositions de l'article L. 324-2 du code des assurances, vise le transfert volontaire d'un portefeuille de contrats dans le cadre d'une opération de fusion-scission entre des compagnies d'assurances ;
 - le troisième, régi par l'article L. 324-1 du code des assurances, qui est le seul étudié ici, vise le transfert volontaire d'un portefeuille d'assurance.
- Les transferts volontaires de portefeuille de contrats d'assurance

53

Le nombre de transferts de portefeuilles et de fusions, en 2013, dans les trois familles de l'assurance [Rapport ACPR 2013, p. 52].

bénéficient d'un régime garantissant l'efficacité de la procédure, en particulier vis-à-vis des assurés, qui n'ont pas à donner leur accord :

- le transfert de portefeuille de contrats d'assurance doit être autorisé par l'ACPR ;
- la publication au *Journal officiel* de l'approbation du transfert par l'ACPR rend celui-ci opposable « aux assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrats, ainsi qu'aux créanciers » ;

- la publication au *Journal officiel* de l'approbation écarte l'application du droit de surenchère prévu dans le cadre de la cession des fonds de commerce ;

- l'article L. 324-1 du code des assurances ouvre la faculté aux assurés de résilier les contrats transférés dans un délai d'un mois suivant la date de publication de l'approbation du transfert par l'ACPR.

Aux termes de l'article L. 324-1 du code des assurances, la publication au *Journal officiel* de l'approbation du transfert par l'ACPR rend celui-ci opposable aux assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrats et aux autres créanciers. Dès lors, à compter du transfert, les assurés et les créanciers - dont la créance trouve son origine dans le portefeuille cédé - n'ont de droits que contre la société cessionnaire, dans la limite des droits qu'ils avaient contre la cédante.

Le transfert de portefeuille d'assurance a donc pour conséquence la substitution par le cessionnaire du cédant dans tous les droits et obligations trouvant leur origine dans les contrats composant le portefeuille cédé. La référence faite par l'article L. 324-1 du code des assurances aux cessions de fonds de commerce, à savoir l'absence d'application du droit de surenchère, a pu conduire à s'interroger sur la qualification juridique de la transaction. Si le transfert de portefeuille est réalisé sans autre cession d'actif, nous pensons toutefois que les principes exposés ci-dessus sont pleinement valables, et que les formalités de la cession de fonds de commerce n'auront pas vocation à s'appliquer. ...

PROCÉDURE DE TRANSFERT DE PORTEFEUILLE

■ « Les entreprises d'assurances françaises et leurs succursales mentionnées au 1° de l'article L. 310-2 ainsi que les succursales françaises d'entreprises d'assurances mentionnées aux 3° et 4° du même article peuvent être autorisées, dans les conditions définies au présent article, à transférer tout ou partie de leur portefeuille de contrats, couvrant des risques ou des engagements situés sur le territoire d'un État membre des Communautés européennes, avec ses droits et obligations, à une ou plusieurs des entreprises d'assurances françaises ou de leurs succursales mentionnées au 1° de l'article L. 310-2, à une ou plusieurs entreprises dont l'État d'origine est membre des Communautés européennes ou de leurs succursales établies sur le territoire de celles-ci, ou à une ou plusieurs entreprises d'assurances établies dans l'État du risque ou de l'engagement et agréées dans cet État. Le présent article ne s'applique pas aux transferts de portefeuilles de contrats souscrits en libre prestation de services

par les entreprises agréées conformément aux dispositions de l'article L. 321-7. La demande de transfert est portée à la connaissance des créanciers par un avis publié au *Journal officiel*, qui leur impartit un délai de deux mois pour présenter leurs observations. L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution approuve le transfert s'il lui apparaît que le transfert ne préjudicie pas aux intérêts des créanciers et des assurés. [...] L'approbation rend le transfert opposable aux assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrat, ainsi qu'aux créanciers, et écarte l'application du droit de surenchère prévu par l'article L. 141-19 du code de commerce. Le transfert est opposable à partir de la date de publication au *Journal officiel* de la décision d'approbation mentionnée au deuxième alinéa du présent article. Les assurés ont la faculté de résilier le contrat dans le délai d'un mois suivant la date de cette publication. »
Code des assurances article L. 324-1





••• Sur la base du texte applicable, la cession de portefeuille d'assurances est donc une opération simple, et très sûre d'un point de vue juridique, concernant le transfert des polices. Attention cependant, l'ensemble des contrats sous-jacents (comme les contrats de gestion de sinistres) à un contrat d'assurance ou bien accessoires à un portefeuille d'assurance (telles que les conventions de réassurance ou de coassurance) n'est pas inclus dans le périmètre du transfert de portefeuille et doit, pour y être inclus, faire l'objet d'une mention spécifique dans la convention de transfert. L'accord des contractants devra également être obtenu pour que le contrat puisse être transféré.

Le portefeuille de courtage d'assurances

La mission traditionnelle du courtier en assurances est de

mettre en relation une personne désirent s'assurer auprès d'une ou plusieurs sociétés d'assurances et de lui proposer le produit le mieux adapté à ses besoins. En principe, il agit donc pour le compte du client.

Toutefois, son rôle ne s'arrête pas à cette relation, puisqu'il peut également se voir déléguer certaines opérations par les compagnies d'assurances (gestion des sinistres, des primes etc.) et conclut fréquemment avec elles des contrats de distribution. En tout état de cause, la rémunération tirée par le courtier de son activité résulte le plus souvent de commissions qui lui sont versées par les entreprises d'assurances. Le courtier intervient donc, selon les cas, soit pour l'assureur, soit pour l'assuré, cette double casquette pouvant entraîner des interrogations dans le cadre d'une cession de son portefeuille de courtage.

En effet, la jurisprudence a pu se prononcer sur la qualification de la cession de portefeuille de courtage en une cession de créance. Or, si la cession de créance permet au courtier cessionnaire, sous réserve du respect des formalités de l'article 1690 du code civil, de se voir reconnaître une créance de commission à l'encontre de l'assureur en lieu et place du courtier cédant, la question se pose du transfert des autres relations que le courtier cédant pouvait avoir au titre de son portefeuille.

Les usages du courtage (lyonnais, n° 11 et parisiens, n° 12) apportent un début de réponse, puisqu'ils prévoient qu'« *en cas de cession par un courtier de son portefeuille, la compagnie est tenue à l'égard du cessionnaire aux mêmes obligations qu'à l'égard du cédant* », cette rédaction pouvant couvrir d'autres éléments que des créances.

On peut toutefois s'interroger sur :
- le transfert effectif des contrats de distribution avec l'assureur ou des mandats de gestion (qui nécessiterait normalement l'accord formel de l'assureur);
- l'opposabilité de cette cession aux clients. On rappellera en effet que les obligations du courtier envers son client ne s'arrêtent pas lors du placement des garanties, puisqu'il demeure tenu d'un devoir de conseil qui, selon la jurisprudence, perdure pendant la durée du contrat d'assurance. Toutes ces problématiques devront être gardées à l'esprit dans le cadre du transfert. En pratique, il conviendra ainsi de prévoir une mention spécifique pour le transfert des contrats de distribution ou des mandats liant le courtier à l'assureur, et de s'assurer du respect par le cessionnaire des obligations du cédant qui lui ont été transférées. ■