

GESTE COMMERCIAL

Un acte de gestion à manipuler avec précaution

S'il peut être gratifiant pour un assureur de faire passer une transaction pour un geste commercial, il risque de se priver de certains droits.



PIERRE BICHOT
Docteur en droit
Avocat au barreau
de Paris

Le geste commercial est effectué par un assureur après la réalisation d'un sinistre. Il a pour effet d'accorder un droit à garantie à un assuré qui ne l'avait pas acquis (en cas de risque exclu par exemple) ou qui l'avait perdu (en cas de déchéance, de prescription, etc.). L'assureur (1), conscient de son droit de ne pas délivrer la prestation d'assurance, renonce néanmoins à l'exercer.

La vie des affaires donne de nombreux exemples de ces actes, apparemment sans contrepartie directe, que le droit civil qualifie de « gratuits » (2). L'auteur de ces gestes est en réalité animé d'un intérêt commercial : fidéliser ses assurés en comptant sur les retombées positives que ces actes a priori désintéressés peuvent

générer. La plupart des exceptions de non-garantie (3) qui permettent à l'assureur de refuser sa garantie peuvent faire l'objet d'une renonciation, puisque chacun est libre de renoncer à ce qui a été introduit en sa faveur (4).

Ainsi, le geste commercial peut faire bénéficier l'assuré d'une extension de la durée de sa garantie d'assurance (par une renonciation de l'assureur à la suspension ou à l'extinction des garanties), de la couverture d'un risque plus étendue que celle définie au contrat (par une renonciation à une limitation du risque), de la couverture d'un risque aggravé (par une renonciation à la nullité du contrat pour fausse déclaration intentionnelle ou renonciation au droit de demander une prime majorée), d'une augmentation du montant de sa garantie d'assurance (par une renonciation au droit de se prévaloir d'un plafond de garantie), etc.

Les magistrats ont rarement à connaître de ces gestes commerciaux puisqu'ils sont, par définition, favorables aux as-

surés et effectués sur l'initiative de l'assureur. Ils peuvent néanmoins intervenir soit en cas de contestation par l'assureur de l'existence du geste commercial, soit en cas de contestation par l'assuré ou par un tiers d'un recours exercé par l'assureur à la suite d'un geste commercial.

Les composantes du geste commercial

Le geste commercial ne saurait exister sans que l'assureur ne soit animé d'un intérêt commercial, d'une volonté de renoncer à une exception de non-garantie (ce qui suppose qu'il ait connaissance de son droit de refus) et du souhait de faire bénéficier l'assuré d'un droit à une prestation d'assurance, alors même que celui-ci en était privé.

L'intérêt commercial de l'assureur

Seul l'intérêt du commerce est à l'origine des gestes commerciaux. Il réside fondamentalement dans l'intérêt spéculatif de l'assureur qui souhaite développer un courant d'affaires. L'intérêt commercial peut apparaître en amont de la conclusion du contrat d'assurance (il peut ainsi être la cause d'une offre promotionnelle de contrats d'assurance), ou après la conclusion d'un tel contrat (il sera alors caractérisé par le geste commercial de l'assureur). En toute hypothèse, l'intérêt commercial doit être distingué de l'intérêt humanitaire, susceptible de donner lieu à des gestes humanitaires par l'assureur (voir article p. 59).

Le droit de refuser la garantie

L'assureur doit renoncer en toute connaissance de cause, ce qui induit la question de l'existence du geste commercial. La renonciation à se prévaloir d'une exception de non-garantie ne doit pas simplement exprimer un doute de l'assureur quant à l'attitude à adopter ou résulter

CONDITION DE VALIDITÉ

La nécessité d'une renonciation expresse

La renonciation de l'assureur au droit d'invoquer une exception de non-garantie peut être tacite ou expresse. Pour atteindre son but spéculatif, le geste commercial est destiné à être porté à la connaissance de son bénéficiaire et, le cas échéant, de son entourage. Le geste commercial résulte donc d'une renonciation expressément consentie par l'assureur. Cette renonciation est spécialement exprimée par des paroles, des écrits, voire des gestes codifiés. En revanche, la renonciation tacite résulte d'actions « qui n'ont pas été accomplies spécialement afin de porter à la connaissance d'autrui la volonté de renoncer mais d'où l'on peut raisonnablement déduire l'existence d'une telle volonté » (1). Certains actes d'exécution du contrat d'assurance laissent subsister un doute quant à la volonté de l'assureur d'effectuer un geste commercial. Celui-ci est alors parfois découvert par le juge qui constate une renonciation tacite de l'assureur en se fondant sur un faisceau d'indices.

(1) J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, Les obligations, 12^e éd., Paris, PUF, 1982, n° 16.

Distinction entre geste commercial et geste humanitaire

Alors que le geste commercial est effectué dans un but spéculatif, le geste humanitaire se distingue par une absence absolue de contrepartie.

Le geste humanitaire est l'expression d'un sentiment d'équité ou de pitié de l'assureur. Il se distingue donc du geste commercial, effectué dans un but spéculatif, par l'absence absolue de contrepartie. Ainsi, un assureur accepte de verser une prestation d'assurance décès à un orphelin alors même que la cause du décès de son unique parent n'entraîne pas dans le champ d'application du contrat d'assurance.

Le caractère exceptionnel de ces gestes humanitaires ne remet pas en cause leur existence. Les médiateurs des compagnies d'assurances confirment leur réalité, mais les tribunaux ont rarement à connaître leur bonne exécution. Il n'existe, à notre connaissance, qu'un seul arrêt de la Cour de cassation qui fait référence au geste humanitaire d'un assu-

reur (1). En l'espèce, la première chambre civile, statuant sur les effets d'une renonciation, « écarte l'hypothèse d'un geste humanitaire en faveur de la victime ». Certaines sociétés d'assurance à caractère mutuel se sont dotées de fonds spécifiques destinés à financer ces gestes humanitaires. Ces fonds sociaux, créés sur l'initiative des représentants des sociétaires, permettent aux sociétés d'assurance de prendre en charge, à titre exceptionnel, des risques qui ne sont pas couverts par un contrat d'assurance. Dans un jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris, le 7 octobre 1967, les magistrats ont expressément reconnu le « paiement gracieux et humanitaire » d'un assureur qui avait renoncé à invoquer une exclusion de garantie (2).

A l'instar du geste commercial, le geste humanitaire est qualifié en droit civil d'acte à titre gratuit. Cette identité de qualification se justifie par l'absence apparente de contrepartie au geste commercial ou humanitaire et par le fait que la cause indirecte d'un acte n'a pas, en droit civil, d'incidence sur sa qualification.

En revanche, contrairement au geste commercial, le geste humanitaire est qualifié en droit fiscal d'acte anormal de gestion à titre gratuit dans la mesure où il est étranger à l'intérêt de l'entreprise.

P.B.

(1) Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1992, arrêt n° 368. Rejet, pourvoi n° 90-15.059, Bull. civ., Juridique Lamy.

(2) TGI Paris, 7 octobre 1967, p. 31, Gaz. Pal., 1968.1.222.

de l'ignorance de son droit de refuser sa garantie.

Mais il n'est pas rare qu'un simple doute ou une faute de gestion soit qualifié par les tribunaux de geste commercial, en faveur de l'assuré ou du bénéficiaire de la prestation. Ainsi, l'assureur, qui a connaissance d'une irrégularité du contrat d'assurance et qui procède au versement d'une prestation, est présumé avoir renoncé à contester la validité du contrat d'assurance (5) (sur le risque de qualification d'un acte de gestion en geste commercial, voir encadré p. 60).

En revanche, lorsque le geste commercial est effectué avant que l'assureur n'ait connaissance du droit d'invoquer une exception de non-garantie, le versement de la prestation d'assurance ne remet pas en cause le recours de l'assureur. Dans un arrêt du 9 décembre 1992 (6), la Cour de cassation a ainsi accueilli l'action en nullité du contrat d'assurance intentée par un assureur après le versement d'une prestation « à titre commercial ».

La volonté de favoriser l'assuré

L'assureur doit exprimer sa volonté de privilégier un assuré, ce qui induit la ques-

tion de la portée du geste commercial. Lors de l'exécution d'un contrat d'assurance, l'assureur peut effectuer un geste en faveur de l'assuré, sans y être contractuellement tenu. Cependant, ce geste peut avoir un champ d'application plus limité que celui de couvrir un risque d'as-

L'assureur, qui a connaissance d'une irrégularité du contrat d'assurance et qui procède au versement d'une prestation, est présumé avoir renoncé à contester la validité du contrat d'assurance.

surance. Ainsi, un assureur peut prendre en charge des frais de procédure « à titre commercial », sans pour autant avoir l'intention de prendre en charge l'éventuelle dette de responsabilité.

La jurisprudence relative à l'intervention de l'assureur de responsabilité au procès de son assuré révèle que la partici-

pation de l'assureur ne traduit pas nécessairement sa volonté de garantir un risque auquel il n'était pas tenu. Dans un arrêt rendu le 7 mars 1995, la Cour de cassation a eu à apprécier le geste d'un assureur qui avait accepté, à titre purement commercial, de couvrir les frais d'un procès. Les magistrats ont déterminé l'étendue du geste commercial et concluent que le comportement de l'assureur, en l'occurrence la défense de l'assuré, n'exprimait pas sa volonté de renoncer à une exclusion ou à une limitation de garantie (7). On notera enfin que la volonté de l'assureur d'accorder une faveur ne peut être appréciée qu'au regard du sinistre considéré.

Sa qualification jurisprudentielle

La loi sur le contrat d'assurance ignore l'existence du « geste commercial », de l'indemnité versée « à titre commercial ». Et même, dans une certaine mesure, celle de la transaction : la seule référence à celle-ci est, en effet, relative à l'impoposabilité de la transaction intervenue en dehors de l'assureur dans les assurances de responsabilité civile. L'article L 124-2 du Code des assurances dispose, en ➤

Eviter de laisser planer le doute sur la qualification de l'acte

« Dès que le moindre doute peut naître, il doit être interprété dans le sens d'une renonciation, sauf face à un assuré particulièrement fautif » (1). Cette observation illustre la marge de manœuvre étroite dont disposent les assureurs et les centres de gestion agréés lors de l'exécution des contrats d'assurance. Ils ne doivent exposer leur gestion à aucune interprétation, au risque d'être contraints de privilégier un assuré sans en avoir eu l'intention. Comme l'observaient MM. Margeat et Landel, « certes, l'assureur a la faculté de monnayer le doute sur le montant exact du dommage, voire sur la validité de la garantie. Mais dans ces hypothèses, les parties sont bien avisées en rédigeant un acte explicitant le pourquoi de leur accord sur la somme convenue. En effet, une indemnité mettant fin à un différend ne saurait être confondue, dans le cadre d'une transaction, avec une donation » (2).

(1) F. Chapuisat, « La renonciation de l'assureur aux prérogatives du Code des assurances », RGAT, 1993, n° 3, p. 482.

(2) H. Margeat et J. Landel, commentaire sous Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 1989, RGAT, 1990, p. 77.

→ effet, que « l'assureur peut stipuler qu'aucune reconnaissance de responsabilité, aucune transaction, intervenues en dehors de lui, ne lui sont opposables ».

En revanche, la jurisprudence fait état de ces accords commerciaux dont l'intérêt de la qualification n'échappe ni à l'assureur lui-même, ni à l'assuré, ni aux juges. Lorsque les magistrats concluent à l'existence d'un geste commercial (à partir d'un faisceau d'indices), une distinction est alors opérée entre les gestes effectués en exécution du contrat d'assurance et les gestes détachables de l'exécution de ce contrat. Ainsi, l'auteur du geste commercial peut être réputé avoir agi « en cette qualité » (8) dans le cadre d'un contrat d'assurance, ou l'indemnité versée peut être qualifiée « d'indemnité d'assurance » (9).

La qualification jurisprudentielle du geste commercial permet aux juges de déterminer si son auteur conserve tous les droits qui lui sont attribués par le Code civil et par le Code des assurances en qualité d'assureur ou si, au contraire, il est dépourvu de ces droits. Cette qualification, qui n'a pour objet que de déterminer les droits de recours de l'assureur, n'est pas réellement satisfaisante dans la mesure où elle repose sur une définition imprécise de ce qui est « dans » ou « hors » du contrat d'assurance. Il serait préférable de procéder à une qualification juridique du geste effectué par l'assureur, en fonction des concessions de l'assureur et, le

cas échéant, de l'assuré. Le « geste » apprécié pourrait ainsi être qualifié de donation, en l'absence de prétention de l'assuré, de geste commercial stricto sensu en cas de prétentions des deux parties non accompagnées d'une concession de l'assuré, ou enfin de transaction en cas de concessions réciproques de l'assuré et de l'assureur (10).

Les droits de recours de l'assureur

L'auteur du geste commercial est-il subrogé dans les droits et actions de l'assuré après le paiement à titre commercial et peut-il agir en répétition de l'indu ?

Le droit de subrogation

La subrogation de l'assureur est susceptible de résulter d'une convention conclue à cet effet (subrogation conventionnelle prévue par l'article 1250 du Code civil) ou, en dehors de toute convention, de la loi (11). La subrogation conventionnelle est celle par laquelle un créancier reçoit son paiement d'une personne autre que son débiteur, et la « subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur ». La gratuité de la garantie d'assurance n'a pas d'incidence sur la validité d'une subrogation conventionnelle dans la mesure où elle dépend d'un accord de volonté.

En revanche, il convient de rechercher si l'assureur bénéficie du droit de subrogation légale lorsqu'il a versé une prestation sans y être tenu par un contrat d'assurance. La subrogation légale est définie

ainsi à l'article L 121-12 du Code des assurances : « L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur. » L'article 1251-3^e du Code civil dispose que « la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquiescer ». Or, le geste commercial semble exclure, en toutes hypothèses, l'action subrogatoire de l'assureur. « L'assureur qui procède à un paiement gracieux et humanitaire ne peut invoquer la subrogation de l'article L 121-12 du Code des assurances puisqu'il n'agit pas en qualité d'assureur » (12).

En premier lieu, en effet, le droit de subrogation de l'assureur est subordonné à l'existence d'une obligation de garantie. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, le 9 janvier 1997 (13), les magistrats ont procédé à l'analyse d'une indemnité versée par un assureur pour statuer sur l'éventuel droit de subrogation de ce dernier. En renonçant à invo-

Le geste commercial pourrait être qualifié de donation, de geste commercial stricto sensu ou enfin de transaction.

quer une clause d'exclusion, l'assureur avait procédé à l'indemnisation de son assuré et invoqué le droit de subrogation légale, en application de l'article L 112-12 du Code des assurances. Les magistrats de la cour d'appel de Paris ont refusé ce droit au motif suivant : « Pour que l'effet subrogatoire se produise, il faut non seulement que l'assureur ait indemnisé l'assuré, ce qui est indéniable en l'espèce, mais encore qu'il ait payé une "indemnité d'assurance", ce qui implique qu'il ait exécuté une obligation qu'il avait contractée par police d'assurance. » La cour poursuit : « En indemnisant leur assuré bien qu'une clause de la police d'assurance les exonérât de toute obligation de garantie, le groupe P ne se trouvait pas dans les conditions de l'article L 121-12 susvisé : qu'ils ne sont pas »

Geste commercial : illusion ou réalité ?

La garantie d'assurance consécutive à un geste commercial est directement financée par les primes versées par les assurés en portefeuille. Le coût de cette garantie est imputé soit sur les primes perçues par l'assureur au cours de l'exercice de survenance du geste de l'assureur (équilibre des boni et mali sur antérieur), soit sur les primes perçues au cours des exercices suivants (ajustements tarifaires). La gestion des gestes commerciaux peut également être assurée par un fonds ad hoc, financé par les adhérents des sociétés d'assurance mutuelles, à travers leurs cotisations, et/ou par les résultats bénéficiaires des opérations d'assurance. La création de ces fonds est laissée à l'initiative des représentants des sociétaires puisque leur constitution n'est pas obligatoire. Si le geste commercial a bien une réalité juridique en ce sens qu'il est l'expression de la renonciation de l'assureur à invoquer une exception de non-garantie, il n'a pas d'existence économique pour l'assureur qui n'en supporte pas le coût.

→ fondés à se prévaloir d'une quelconque subrogation légale de leur assuré » (14). En second lieu, lorsque la prestation est versée en exécution d'un contrat d'assurance, le droit de subrogation de l'assureur est limité au montant de la prestation auquel l'assureur était tenu en applica-

tion du contrat. Ainsi, l'assureur qui verse une prestation d'assurance d'un montant supérieur au plafond de garantie n'est pas subrogé pour l'excédent (15). Ce principe a été établi par la Cour de cassation dans un arrêt du 13 novembre 1984 (16). En l'espèce, la première chambre civile

a cassé l'arrêt d'appel en ce qu'il avait reconnu le droit de subrogation de la Ciam pour l'excédent de ce qu'elle devait : « Attendu qu'en statuant ainsi alors que la dette de la Ciam envers son assuré était limitée à un plafond de 100 000 F, et qu'elle ne pouvait donc bénéficier de la subrogation légale pour le surplus des sommes qu'elle avait réglées sans y être tenu, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

L'action en répétition de l'indu

Toutes les fois qu'il y a indu, c'est-à-dire accomplissement d'une obligation qui n'existe pas ou à laquelle on n'est pas tenu, celui qui reçoit le paiement s'enrichit injustement au profit de celui qui l'a fait. Il en résulte qu'il répond des encaissements perçus à tort dans le cadre de l'action dite en répétition de l'indu que réglementent les articles 1376 et 1381 du Code civil (17). L'assureur qui effectue un geste commercial peut-il ensuite agir en répétition de l'indu ? Une jurisprudence constante considère qu'un as-

Ouverture en janvier 2001

de la nouvelle session de l'Institut supérieur d'études financières de l'assurance (ISEFA)

Formation spécialisée

proposée par l'École nationale d'assurances (Conservatoire national des arts et métiers)

Enseignement de haut niveau

- 1 journée par semaine de janvier à octobre
- Formation assurée par les grands professionnels du secteur
- Diplôme CNAM

Pour tous renseignements,
ISEFA - 8, rue Chaptal - 75009 Paris
Tél. : 01 44 63 58 20 - Fax : 01 45 26 28 16
Annie Colobert - e-mail : acolobert@enass.fr

Programme

- Techniques financières, comptabilité, fiscalité et statistiques dans le domaine spécifique de l'assurance
- Analyse financière et évaluation des entreprises d'assurances
- Gestion financière et financement des entreprises d'assurances
- Les placements des entreprises d'assurances
- Information financière et contrôle des entreprises d'assurances

sureur ne peut agir en répétition de l'indu en fondant son action sur une exception à laquelle il avait renoncé en connaissance de cause. Comme nous l'avons dit, il est incontestable que l'assureur qui verse une prestation en connaissance d'une non-garantie est présumé avoir renoncé à contester la validité du contrat d'assurance.

Dans une espèce soumise à l'appréciation de la cour d'appel de Paris le 19 décembre 1979 (18), un assureur avait précédé le versement de sa prestation, en exécution d'un contrat d'assurance de choses, d'un courrier adressé au courtier dans lequel il précisait : « Nous acceptons de participer à titre purement commercial dans ce sinistre. » Invoquant la déchéance du droit à garantie de l'assuré à la suite du règlement, l'assureur demande le remboursement de l'in-

demnité versée. La cour d'appel a rejeté la demande, car l'assureur doit « être considéré comme ayant manifesté l'in-

L'assureur doit « être considéré comme ayant manifesté l'intention de renoncer à l'application de la déchéance en ayant offert de participer à titre purement commercial dans le sinistre ».

tention de renoncer à l'application de la déchéance en ayant offert de participer à titre purement commercial dans le sinistre » (19). En revanche, l'assureur peut intenter une action en répétition de

l'indu en se prévalant d'une autre exception à laquelle il n'a pas renoncé ou s'il n'avait pas connaissance, au moment du règlement, d'une exception de non-garantie ou de non-règlement.

Il est certain que les gestes commerciaux constituent des opérations délicates à manier en assurance (20). Cette difficulté résulte principalement de l'absence de cohérence dans la qualification jurisprudentielle de ces gestes en faveur des assurés, et partant d'une détermination aléatoire des droits et recours de l'auteur du geste commercial. Comment lier ou détacher un geste commercial d'un contrat d'assurance ? La détermination des droits de recours serait plus aisée, si l'acte effectué était qualifié de donation, de geste commercial *stricto sensu* ou de transaction.

Pierre Bichot

(1) Le terme « assureur » tient compte des actes accomplis, non seulement par l'assureur, mais aussi par son agent général (Cass. 1^{re} civ., 10 décembre 1991, n° 89.12.649, n° 1685, RGAT 1992, p. 69, note R. Maurice).

(2) En présence d'un intérêt commercial, ces gestes constituent en droit fiscal des actes normaux de gestion à titre onéreux.

(3) Les exceptions de non-garantie peuvent être définies comme « tous les faits, circonstances et matières qu'est en droit d'invoquer l'assureur en vue de ne pas prendre en charge ou de ne prendre que partiellement en charge le sinistre et les conséquences ».

(Ch. Sainvart, Dictionnaire général de l'assurance, éd. Arcature, Paris, 1996, p. 562).

(4) Code Justinien (1, 3, 50 et 2, 3, 29). Cette liberté est toutefois

limitée par l'article 6 du Code civil aux termes duquel « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

(5) En ce sens, Cass. 1^{re} civ., 7 juillet 1998, Euralliance c/ Benaim et société Latour, commentaire J. Kullmann, RGDA, 1998, p. 749.

(6) Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 1992, Compagnie Yorkshire general accident fire and life assurance corporation c/ Etablissements Visconti, pourvoi n° 91-12.125, Copyright Juridique Lamy SA.

(7) Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1995, n° 462, RGAT, 1995, p. 428, note F. Vincent.

(8) Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 1989, Poubill c/ Corbières, RGAT 1990, p. 76, commentaire H. Margeat et J. Landel.

(9) CA Paris, 5^e ch. section B, arrêt du 9 janvier 1997,

répertoire général : 94-24386 et 95-26511.

(10) Sur la qualification du geste commercial, voir P. Bichot, Assurance et gratuité : une garantie sans prime ?, thèse dactyl. Paris I, 1999, p. 303 et s.

(11) Article 1251-3^e du Code civil et L. 121-12 du Code des assurances.

(12) H. Margeat et J. Landel, note sous TGI Paris, 7 octobre 1967, p. 31, Gaz. Pal. 1968, I, p. 222.

(13) CA Paris, 5^e ch. section B, arrêt du 9 janvier 1997, répertoire général : 94-24386 et 95-26511.

(14) Voir Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1999, n° 97-11.633, Alcatel câble-division et GIE groupe Concorde c/ SA Lep

internationales et autres, Lamyline, bulletin d'actualité Lamy Assurances n° 51,

mai 1999, commentaire L. Fonlladosa.

(15) Le plafond de garantie peut

être analysé comme une exception de non-garantie (le montant du préjudice qui dépasse le plafond est exclu de la garantie) ou comme une exception de non-règlement (l'excédent du plafond ne donnera pas lieu à indemnisation).

(16) Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1984, arrêt n° 847. Cassation, pourvoi n° 83-13.020 en date du 16 mai 1983, Juridique Lamy SA.

(17) H. Roland, B. Starck et L. Boyer, op. cit., n° 1886, p. 785.

(18) CA Paris, 7^e ch., Sect., 19 décembre 1979, AGF c/ Dame Kohn, RGAT, 1980, p. 553.

(19) Voir également cass. 1^{re} civ., 7 juillet 1998, Euralliance c/ Benaim et société Latour,

commentaire J. Kullmann, RGDA, 1998, p. 749 (précité).

(20) Note sous H. Margeat et J. Landel, Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 1989, Poubill c/ Corbières, RGAT, 1990, p. 76.

→ Le coin du néophyte

1 Le geste commercial suppose un intérêt commercial à sa réalisation, une renonciation explicite de l'assureur à se prévaloir de ses droits et la volonté d'accorder une faveur.

2 Il se distingue de la donation, qui suppose l'absence de prétentions de l'assuré, et de la

transaction, qui suppose des concessions réciproques.

3 L'assureur qui fait un geste commercial doit le préciser de manière explicite pour éviter que son acte de gestion ne soit requalifié en geste commercial.

4 Tout geste commercial effectué en dehors des garanties

implique l'absence de subrogation légale et d'action en répétition de l'indu.

5 Le geste humanitaire se distingue du geste commercial par l'absence de toute contrepartie.

6 Le geste commercial n'est pas gratuit puisqu'il est financé par les primes d'assurance.

ASSURANCE GRATUITE

La licéité des offres promotionnelles

En offrant des contrats d'assurance sans demander de prime aux assurés, les distributeurs espèrent fidéliser leur clientèle. Les offres promotionnelles, soumises à une réglementation très stricte, sont pourtant loin d'être toutes licites.



PIERRE BICHOT (1)
DOCTEUR EN DROIT
CABINET NORTON ROSE

Les vitrines des agents généraux d'assurance, les guichets bancaires, les publicités postales se distinguent par des offres promotionnelles : six mois d'assurance automobile gratuite, un an de multirisque habitation offert en cas de souscription d'une seconde assurance, etc. La concurrence de plus en plus vive et la multiplication des canaux de distribution de l'assurance sont à l'origine d'une recrudescence de ces offres qui reposent essentiellement sur deux techniques promotionnelles réglementées : le cadeau et la vente à prime.

La technique du cadeau consiste à offrir un bien ou une prestation de services indépendamment de la conclusion d'un contrat à titre onéreux. Son régime juridique a connu une importante évolution, de la prohibition totale sous l'empire de la loi du 27 décembre 1973, à la licéité induite de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (2). Ainsi, des contrats d'assurance peuvent être offerts à titre gratuit lorsqu'ils ne sont pas liés à un contrat de vente ou de prestation de services. En revanche, la technique d'incitation à l'achat qui consiste à attirer le client en lui proposant la perspective d'obtenir un contrat d'assurance gratuit, avec un produit ou un service acquis à titre onéreux, constitue une vente à prime.

Le succès de cette technique et les abus auxquels elle a donné lieu a fini par attirer sur elle l'attention du législateur. De 1945 à 1987, des réglementations de cette technique promotionnelle se sont additionnées sans réelle cohérence. Il existe

aujourd'hui un régime de droit commun de la vente à prime, applicable à tous les distributeurs de produits d'assurance (assureurs, courtiers, grandes surfaces commerciales, etc.), et un régime dérogatoire dont bénéficient (pour combien de temps encore ?) les établissements de crédit.

Un principe : l'interdiction des ventes à prime

L'article 29 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 interdit, sous certaines conditions, la pratique de la vente à prime : « Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation de services faite aux consommateurs et donnant droit, à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services [...] ».

Une réglementation qui s'applique à l'assurance

La chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé que toutes les prestations de service relevant d'un secteur concurrentiel étaient soumises à l'ordonnance de 1986 (3). A propos de l'in-

terdiction des prestations de service subordonnées, la Cour de cassation a statué sur l'applicabilité du droit de la concurrence aux mutuelles d'assurance, et particulièrement de l'article 30 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L 121-2 du Code de la consommation, interdisant les prestations de service subordonnées. Cette espèce a permis à la chambre criminelle de mettre l'accent sur la portée générale de ces dispositions qui s'appliquent, selon l'article 53 de ladite ordonnance à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont réalisées par des personnes publiques. En l'absence de dérogations expresses, les prestations offertes par des mutuelles tombent sous le coup de ces dispositions, dès lors que ces prestations ne sont pas spécifiques au domaine de la mutualité et relèvent du secteur concurrentiel.

Des sanctions dissuasives

Les infractions aux dispositions de l'article 29 de l'ordonnance de 1986 sont punies des peines d'amende prévues pour

EN PRATIQUE

Quelques exemples d'assurance gratuite

La technique promotionnelle de l'assurance gratuite, dont l'origine remonte au XIX^e siècle avec l'assurance des abonnés de journaux, est aujourd'hui encore très prisée. Voici quelques exemples de contrats d'assurance offerts en prime :

- lors de la vente d'un bien : de 1997 à 1999, un constructeur de matériels de haute fidélité offrait une assurance en cas de vol du matériel acquis ;
- lors de la souscription d'un contrat d'assurance portant soit sur le même risque (en 1997, un courtier offrait à tout souscripteur d'un contrat rente éducation, la gratuité de la garantie durant trois mois), soit sur un risque distinct (en 1997, un courtier offrait à tous les souscripteurs de contrats auto une assurance décès de 160 000 F) ;
- lors de la conclusion d'un autre contrat de prestation de service : une banque offre actuellement à tous les souscripteurs d'un contrat de prêt immobilier une assurance couvrant le risque de perte financière subie au moment de la revente du bien acquis.

Quelle protection pour l'assuré à titre gratuit ?

Si le crédit gratuit est bien connu du droit bancaire, l'assurance gratuite reste ignorée du droit de l'assurance. En effet, aucune disposition du code ne fait référence au contrat d'assurance à titre gratuit. L'assuré ne bénéficie-t-il alors d'aucune protection ? L'absence de référence légale n'écarte cependant pas le contrat d'assurance à titre gratuit du régime général du contrat d'assurance, à l'exception bien sûr, des dispositions relatives au paiement de la prime. L'assuré à titre gratuit bénéficie des mêmes droits que n'importe quel assuré : conseils et informations avant la conclusion et en cours de contrat, droit à indemnisation en cas de survenance de l'événement aléatoire assuré, etc. En contrepartie, l'assuré à titre gratuit est tenu à une obligation d'information soit à la demande de l'assureur (définition du siège du risque, par exemple), soit spontanément (évolution du risque en cours de contrat, par exemple).

les contraventions de 5^e classe : 2 500 F à 5 000 F et 10 000 F en cas de récidive. Il convient de souligner le caractère dissuasif de ces sanctions : la règle du cumul des peines ne s'applique pas aux contraventions, ce qui expose le contrevenant à payer des montants d'amendes cumulés extrêmement importants. Le poids de la sanction est d'autant plus lourd dans le cadre d'offres promotionnelles que chaque contrat d'assurance offert en prime est pénalisé individuellement.

Les exceptions autorisées

Identité d'objet entre l'offre et le contrat principal

La loi du 20 mars 1951 (4) prohibait les produits et prestations de services offerts en prime s'ils étaient différents de ceux faisant l'objet du contrat principal. Dès lors, la jurisprudence autorisait les primes offertes lorsqu'elles étaient de nature simplement semblable. Le terme « semblable » était interprété *lato sensu* et il était admis qu'une même catégorie de produits puisse être ainsi qualifiée. Une compagnie d'assurances pouvait ainsi proposer un contrat à titre gratuit en prime d'un contrat à titre onéreux.

Afin de délimiter avec plus de précision cette exception contenue dans la loi de 1951, l'article 29 de l'ordonnance de 1986 a établi l'interdiction de toutes les primes, « sauf celles consistant des produits identiques à ceux qui font l'objet du contrat principal ». Les primes de nature et de qualité simplement semblables et non identiques paraissent, aujourd'hui, devoir être sanctionnées par la réglementation des ventes avec primes.

L'administration voit dans cette nouvelle définition une approche plus restrictive dans la mesure où deux biens ou services peuvent être de nature identique mais de qualité différente. Ainsi, des contrats d'assurance à titre onéreux peuvent prévoir une gratuité partielle, sous la forme notamment d'une exonération temporaire des cotisations d'assurance. Cette exonération constitue une assurance gratuite durant la période de non-paiement de la cotisation. L'identité d'objet rend l'opération licite. Cette technique promotionnelle usuellement dénommée « treize à la douzaine » semble à l'abri de toute sanction. Ainsi, l'opération qui consiste à faire souscrire un contrat d'assurance automobile annuel assorti d'une gratuité de trois mois échappe à la réglementation des ventes à primes. En revanche, l'offre d'un contrat d'assurance en prime d'un autre contrat d'assurance portant sur un risque distinct ne semble pas constituer une exception autorisée par la réglementation des ventes à primes. Un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 17 décembre 1993 (5) rappelle le champ d'application restreint de l'exception réglementaire. En l'espèce, la cour s'est prononcée sur la licéité d'une vente liée composée d'une assurance de responsabilité civile et d'une assurance de protection juridique. La licéité de l'opération était subordonnée à la reconnaissance du caractère identique des deux contrats. La cour d'appel conclut à l'illégalité de l'opération au motif que l'assurance de responsabilité civile n'a pas le même objet que l'assurance de protection juridique.

Si l'ordonnance de 1986 a institué le

critère plus limitatif de l'identité de la prime au service offert, l'application jurisprudentielle du texte actuel paraît parfois étendre la notion d'identité à celle de complémentarité. Ainsi, l'offre de remise gratuite de jupes et de pantalons pour l'achat de blousons ne constituerait pas une infraction, « l'identité de nature entre le produit vendu et le produit gracieusement offert permettant de dire qu'il a été satisfait en l'espèce aux dispositions de l'article 29 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 » (6). Par analogie, une assurance couvrant le risque de loyers impayés pourrait être assortie en prime d'une assurance complémentaire de protection juridique. Il faut cependant être prudent car un tel raisonnement pourrait être considéré comme une interprétation abusive de la volonté du législateur, et sanctionné par l'article 29 de l'ordonnance de 1986.

Menus objets et services de faible valeur

L'article 29 de l'ordonnance de 1986 exclut de l'interdiction des ventes à primes les « menus objets ou services de faible valeur ». L'article 23 du décret du 29 décembre 1986 (7), fixant les conditions d'application de l'ordonnance, énonce les modalités de calcul du « service de faible valeur ».

La valeur d'une prestation de service ?

Le prix d'une prestation de services est une notion difficile à appréhender. Cette difficulté réside, de façon générale, dans l'évaluation du coût d'une prestation de services et, plus spécifiquement, dans le caractère aléatoire du contrat d'assurance. Le caractère immatériel de la prestation de services la rend malaisée à quantifier, et donc à tarifier. Le prix d'une prestation est laissé à la liberté contractuelle, en fonction de la loi de l'offre et de la demande (sauf en ce qui concerne les activités réglementées, ce qui n'est plus le cas du contrat d'assurance). Il est possible de déterminer le coût d'un contrat d'assurance en se fondant sur la cotisation qui aurait été demandée à l'assuré si le contrat d'assurance avait été souscrit à titre onéreux auprès d'un autre assureur. Une difficulté demeure cependant : le contrat d'assurance est conclu *intuitu personae*, ce qui rend quasiment impos-