Sommaire

SOMMAIRE DE LA REVUE DE DÉCEMBRE 2017

extenso

REVUE GÉNÉRALE DU DROIT DES ASSURANCES

Réforme du droit des obligations et assurance (suite)

DOSSIER

Sous la direction de JÉRÔME KULLMANN L'ordonnance du 10 février 2016 a édicté plus de trois cent cinquante articles qui modifient la substance, ou parfois seulement la numérotation, de ceux qui avaient été établis en 1804 ou postérieurement dans notre Code civil. Chaque contrat nommé est donc susceptible de voir son régime juridique plus ou moins fortement touché par la réforme. Le 21 juin 2017, le groupe français de l'Association Internationale de Droit des Assurances (AIDA) a donc organisé un colloque d'une journée, dédié aux incidences de celle-ci sur le droit de l'assurance.

La qualité des intervenants a provoqué un afflux d'inscriptions, et elle justifie la publication de leurs travaux dans les colonnes de la RGDA.

La publication des travaux du colloque se poursuit avec les articles consacrés à la contrepartie et à la cause (Luc Mayaux), à la disparition du contrat d'assurance (Didier Krajeski), à la réassurance (Jean Bigot) et à l'intermédiation (Christophe Pardessus). Les dernières interventions seront disponibles dans notre numéro de janvier 2018.

P. 640 La contrepartie dans le contrat d'assurance

par Luc Mayaux

P. 646 La disparition du contrat (nullité, caducité, résolution, résiliation)

par Didier Krajeski

P. 651 L'ordonnance et la réassurance

par Jean Bigot

P. 659 La réforme du droit des obligations : le point de vue du courtier d'assurances

par Christophe Pardessus

Dossier

Réforme du droit des obligations et assurance (suite)

SOUS LA DIRECTION DE JÉRÔME KULLMANN

Professeur à l'université Paris Dauphine (Paris 9), directeur de l'Institut des Assurances de Paris Dauphine

'ordonnance du 10 février 2016 a édicté plus de trois cent cinquante articles qui modifient la substance, ou parfois seulement la numérotation, de ceux qui avaient été établis en 1804 ou postérieurement dans notre Code civil. Chaque contrat nommé est donc susceptible de voir son régime juridique plus ou moins fortement touché par la réforme. Le 21 juin 2017, le groupe français de l'Association Internationale de Droit des Assurances (AIDA) a donc organisé un colloque d'une journée, dédié aux incidences de celle-ci sur le droit de l'assurance.

La qualité des intervenants a provoqué un afflux d'inscriptions, et elle justifie la publication de leurs travaux dans les colonnes de la RGDA.

La publication des travaux du colloque se poursuit avec les articles consacrés à la contrepartie et à la cause (Luc Mayaux), à la disparition du contrat d'assurance (Didier Krajeski), à la réassurance (Jean Bigot) et à l'intermédiation (Christophe Pardessus). Les dernières interventions seront disponibles dans notre numéro de janvier 2018.

& 115b8

La contrepartie dans le contrat d'assurance

La notion de contrepartie jalonne le nouveau droit des contrats. Loin de constituer un simple substitut à la cause, elle a sa propre force expansive. En témoignent les articles 1169, 1170 voire 1166 du Code civil, dont les potentialités en matière d'assurance sont évidentes, quand elles ne donnent pas le vertige.

Par Luc Mayaux

Professeur à l'université Jean-Moulin (Lyon 3)

£115c3

1. À la différence d'autres notions comme la liberté contractuelle ou la bonne foi que la réforme du Code civil érige ouvertement en principes législatifs⁽¹⁾, la contrepartie a une présence plus discrète bien que prégnante. Elle est évoquée dans certains textes⁽²⁾ et, comme nous le verrons, elle en explique d'autres⁽³⁾. Elle se rapproche, à cet égard, de l'avantage⁽⁴⁾, avec lequel elle entretient certaines relations. Dans le code, en effet, il existe la contrepartie d'un avantage⁽⁵⁾, comme il existe la contrepartie d'une obligation⁽⁶⁾ et la contrepartie d'une prestation⁽⁷⁾. On n'est pas certain qu'elles aient la même nature selon l'objet auquel elles s'appliquent. L'avantage a-t-il toujours pour contrepartie un autre avantage, la prestation une autre prestation et l'obligation une autre obligation ? Cela n'est pas sûr tant il est vrai qu'au final, c'est bien une prestation que le créancier attend. Au demeurant, la contrepartie apparaît d'abord comme un

(1) V. respectivement, C. civ., art. 1102 et 1104.

(2) C. civ., art. 1107, 1166, 1169 et 1229.

(3) Spécialement ceux qui visent un équivalent ou son défaut (C. civ., art. 1106, 1108 et 1168), un déséquilibre (C. civ., art. 1171) ou une exécution excessivement onéreuse (C. civ., art. 1195), le fait que ces textes tiennent compte de l'absence totale ou partielle de contrepartie (C. civ., art. 1171 et 1195) ou refusent de le faire (C. civ., art. 1168) étant à ce stade indifférent.

(4) C. civ., art. 1107, 1108, 1112, 1116, 1141 et 1143.

(5) C. civ., art. 1107 : « Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties recoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. »

(6) C. civ., art. 1169 : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire »

(7) C. civ., art. 1166 : « Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties, en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie » (sur ce texte, v. infra, nºº 17 et s.). V. aussi C. civ., art. 1229 qui, dans les contrats à exécution successive, dispose qu'« il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ».

avantage économique (retirer une utilité d'un contrat), quelle que soit sa traduction juridique (être créancier, recevoir une prestation). Mais, il s'agit là d'une question théorique, que d'aucuns jugeront oiseuse, qui n'a pas vraiment sa place dans ce colloque consacré aux conséquences de la réforme sur le contrat d'assurance. Aussi, opteronsnous pour une démarche plus pragmatique en recherchant si, dans ce contrat, l'absence totale ou partielle de contrepartie entraîne ou non certaines conséquences, en insistant sur les nouvelles. À cet égard, la réforme souffle le chaud et le froid. Elle ferme certaines voies (I) et en ouvre partiellement d'autres (II).

I. Les voies fermées

2. On en distinguera deux. La première n'est pas nouvelle : sauf exception, la lésion n'est toujours pas sanctionnée (A). La seconde est iconoclaste et sans doute déplacée : l'absence de cause ne peut plus être sanctionnée en tant que telle (B).

A. Toujours pas la lésion

- 3. Le principe selon lequel la lésion n'est pas sanctionnée, initialement énoncé à l'article 1118 du Code civil, est repris à l'article 1168 dans une formulation plus énergique⁽⁸⁾. Selon le nouveau texte, « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ». Il s'applique sans aucun doute au contrat d'assurance qui ne peut donc être annulé pour cause de lésion. Il y a deux fausses raisons à cela et une véritable.
- 4. La première fausse raison est que le contrat d'assurance ne serait pas un contrat synallagmatique (la réforme ne sanctionnant la lésion que pour des contrats de cette catégorie). C'est évidemment faux au regard de la définition des contrats synallagmatiques donnée par le nouvel article 1106 du Code civil. Selon ce texte, « le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ». Tel est le cas du contrat d'assurance dans lequel l'assuré est tenu de payer la prime et l'assureur obligé de régler le sinistre (pour les auteurs classiques) et surtout de couvrir un risque (pour les plus novateurs) et où il existe une réciprocité entre les obligations de chacun : la prime est le prix de la couverture du risque. À ce titre, le contrat d'assurance est incontestablement synallagmatique⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ L'ancien texte se contentait de dire que « la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section ». Le principe n'était que sous-jacent.

⁽⁹⁾ Sur cette nature synallagmatique, v. Mayaux L., in Bigot J. (dir.), Traité de droit des assurances, t. III, Le contrat d'assurance, 2º éd., 2014, LGDJ, nos 130 et 131 ; et sur les obligations mises à la charge de l'assureur et la distinction entre obligations de couverture et de règlement, ibid., nos 58 et s.

- 5. La seconde fausse raison est que le contrat d'assurance serait aléatoire et ne pourrait donc être annulé pour cause de lésion. Mais, outre le fait que la réforme n'a pas consacré l'adage « l'aléa chasse la lésion » alors qu'elle avait l'occasion de le faire au nouvel article 1168 du Code civil, il y a de forts doutes sur la nature aléatoire du contrat d'assurance. D'une part, la liste des contrats aléatoires dans laquelle il figurait a disparu avec l'abrogation de l'article 1964 du Code civil. D'autre part, et surtout, ce contrat correspond parfaitement à la définition des contrats commutatifs donnée par l'article 1108, alinéa 1er. Selon ce texte, « le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit ». Il est vrai qu'à l'alinéa 2 du texte, qui définit les contrats aléatoires comme ceux dans lesquels « les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain », le terme « avantage » n'a pas le même sens qu'à l'alinéa 1er. Il y désigne manifestement un gain (opposé à la perte visée par le même texte) là où l'alinéa 1er vise, comme tous les autres textes employant ce terme, l'utilité économique attendue du contrat. Il en résulte que, dans une vision étriquée du contrat d'assurance (où le gain de l'assuré est représenté par ce qu'il reçoit effectivement de l'assureur moins ce qu'il lui a versé à titre de prime), celui-ci pourrait être à la fois commutatif (par application de l'alinéa 1er de l'article 1108) et aléatoire (par application de l'alinéa 2). Voilà qui est singulier dès lors qu'à l'article 1108, le législateur a manifestement voulu qu'un contrat relève de l'une ou l'autre catégorie mais pas des deux. À l'évidence le texte obscurcit la question de la nature aléatoire du contrat d'assurance plus qu'il ne contribue à l'éclaircir.
- 6. La vraie raison pour laquelle le contrat d'assurance ne peut être annulé pour cause de lésion est donc autre. Elle réside tout simplement dans le fait que, pas plus aujourd'hui qu'hier, il ne figure parmi ceux des contrats synallagmatiques pour lesquels une loi prévoit un tel cas de nullité. On s'en félicitera. Cette nullité attente à la sécurité juridique qui est encore plus essentielle en assurance (qui se doit d'être sûre, y compris juridiquement) qu'ailleurs. En outre, cette sanction, seule visée à l'article 1168 du Code civil, est trop lourde et peu adaptée aux contrats à exécution successive, en particulier au contrat d'assurance où loin de protéger l'assuré contre un « trou » de garantie, elle risque d'en créer un. La révision peut lui être préférée, ce qui est le choix fait par le législateur pour cette « lésion survenante » que l'article 1195 du Code civil prend en compte à travers la notion d'imprévisibilité. Mais il s'agit là d'un autre sujet⁽¹⁰⁾.

B. Jamais plus la cause

7. Comme chacun sait, la cause a disparu du Code civil au motif que la notion était obscure – en réalité elle était surtout plurale – et inutile. On insistera ici sur le fait que ce dernier grief était totalement infondé en matière d'assurance. Au moins dans ce domaine, il est faux de dire que la notion de cause ne servait à rien. Une simple recherche dans la base de données de la *Revue générale du droit des assurances* à l'aide du mot-clef « article 1131 du Code civil » aboutit à 51 occurrences dans la revue, doctrine et jurisprudence confondues! On songe naturellement à toute la jurisprudence de la Cour de cassation sur les clauses « réclamation » en assurances de responsabilité, qui

(10) Sur lequel v. Mayaux L., « Imprévisibilité et assurance : d'un code à l'autre », RGDA févr. 2017, n° 114e5, p. 87.

étaient réputées non écrites sur le fondement de cet article⁽¹¹⁾, ainsi qu'à l'absence d'aléa à la souscription où le même texte était visé⁽¹²⁾. Mais on peut citer aussi pêle-mêle l'annulation pour cause illicite⁽¹³⁾, l'étendue de la garantie dans l'assurance « loyers impayés »⁽¹⁴⁾, la disparition du risque en cours de contrat⁽¹⁵⁾, l'action en paiement des primes pour la période antérieure à la résiliation⁽¹⁶⁾, ou encore la restitution des primes pour la période postérieure au retrait d'agrément de l'assureur⁽¹⁷⁾. Dans toutes ces hypothèses, l'absence de cause conduisait à l'annulation (ou à la disparition) soit du contrat dans son entier, soit d'une clause seulement (comme la clause « réclamation »), ce qui revenait à la réfaction de ce dernier et permettait au juge d'agir avec souplesse. La grande question est évidemment de savoir s'il est possible de remplacer la cause par d'autres notions et si elles offrent la même latitude d'action. Sur ce point, la réforme fournit certaines pistes plus ou moins exploitables.

II. Les voies entrouvertes

8. On commencera par mettre de côté la question de la cause illicite pour laquelle, avant la réforme, la cause s'entendait du motif déterminant dont le contractant était animé quand il avait accompli l'acte et donc du but recherché par lui. En raison de son caractère subjectif, elle est étrangère à la question de la contrepartie et se trouve en quelque sorte « hors-sujet ». De toute façon, la cause illicite de l'ancien article 1131 est remplacée trait pour trait par le but illicite de l'article 1162 nouveau, selon lequel « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but ». Cela traduit une forme d'hypocrisie de la part d'un législateur bannissant la cause pour aussitôt la réintroduire. Le but illicite, c'est la cause illicite qui ne dit pas son nom.

- (11) V., par ex. Cass. com., 14 déc. 2010, nºs 08-21606 et 10-10738: RGDA 2011, p. 566, note Kullmann J.; cette jurisprudence s'applique toujours aux sinistres en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 v. Cass. 2° civ., 15 sept. 2011, n° 10-20970: RGDA 2012, p. 120, note Kullmann J. Cass. 3° civ., 26 nov. 2015, n° 14-25761, PB: RGDA déc. 2015, n° 112x2, p. 569, note Dessuet P; adde Blanc N., « Juste cause contre injuste clause », Gaz. Pal. 19 janv. 2016, n° 254t0, p. 28.
- (12) V., par ex., Cass. $2^{\rm e}$ civ., 21 déc. 2006, $n^{\rm e}$ 05-11367 : RGDA 2007, p. 53, $\hat{2}^{\rm e}$ esp., note Kullmann J.
- (13) V., pour l'assurance d'une exposition interdite par les pouvoirs publics, Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2014, n° 13-19729 : Bull. civ. I, n° 178 ; RGDA janv. 2014, n° 111t2, p. 16, note Kullmann J. Rappr., en assurance-vie, une annulation de la clause bénéficiaire pour incapacité de recevoir du bénéficiaire (en l'occurrence un médecin). Cette annulation ne s'étend pas nécessairement à la désignation du concubin comme bénéficiaire de second rang, la cour d'appel ne s'étant pas prononcée sur la cause ayant déterminé le souscripteur à stipuler en faveur de ce dernier : Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 2010, n° 07-21303 : Bull. civ. I, n° 222 ; RGDA 2011, p. 164, note Kullmann J.
- (14) Cass. 2° civ., 2 févr. 2017, n° 15-28011, PB : RGDA avr. 2017, n° 114h8, p. 284, note Mayaux L.
- (15) Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 2003, n° 00-16889: RGDA 2004, p. 60, note Bareire M. et Landel J.; même si l'arrêt ne se fonde que sur l'article L. 121-9 du Code des assurances, les annotateurs se prononcent pour l'application de l'article 1131 du Code civil dans l'hypothèse (qui n'est pas celle visée à C. assur., art. L. 121-9) où la perte de la chose est consécutive à un événement garanti; v. dans le même sens, Mayaux L., « Les incidences de la disparition de l'aléa », in « Aléa et contrat d'assurance », colloque Cour de cassation: Resp. civ. et assur. 2014, dossier 10.
- (16) Où la cause existe : Cass. 2e civ., 22 oct. 2009, n° 08-20365 : RGDA 2010, p. 91, note Bigot J.
- **(17)** Car cette fois la cause n'existe pas : Cass. 2° civ., 6 oct. 2011, n^{os} 10-24519, 10-24518 et 10-24520 : RGDA 2012, p. 452, note Bigot J.

9. Reste la cause objective qui, spécialement en assurance⁽¹⁸⁾, jouait un rôle important quand se posait un problème d'absence de cause, totale ou partielle. Et, contrairement au but en matière d'atteinte à l'ordre public, il n'est pas possible de dire que la contrepartie remplace ici la cause trait pour trait. Comme on l'a dit à titre introductif(19), la contrepartie est une notion plurale qui ne peut s'identifier totalement à la cause. De ce fait, les textes évoquant, directement ou indirectement, l'absence de contrepartie doivent être utilisés avec précaution. On distinguera cinq textes de substitution, pour aussitôt en écarter deux qui seront traités par d'autres intervenants à ce colloque. Il s'agit de l'article 1171 du Code civil relatif aux clauses abusives dans les contrats d'adhésion qui sera envisagé avec l'étude de ces contrats, et de l'article 1195 du même code qui traite des déséquilibres survenus après la conclusion du contrat et qui seraient liés à un changement de circonstances imprévisible. Restent trois textes qui prévoient tous des solutions différentes (l'annulation du contrat pour l'article 1169 du Code civil, l'éradication d'une de ses clauses pour l'article 1170, une intervention légale sur son contenu pour l'article 1166) et qui sont tous susceptibles d'être interprétés de manière extensive. Pour cette raison, ils sont potentiellement explosifs. On les traitera en allant du moins problématique (mais aussi du moins intéressant dans la pratique) à celui qui l'est le plus.

A. L'article 1169 du Code civil

10. Selon ce texte, « le contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». Comme l'indique le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance (20), celleci « codifie la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur la nullité des contrats à titre onéreux lorsque, au moment de la formation du contrat, la contrepartie convenue est inexistante ou dérisoire ». On songe à la vente à vil prix(21), mais aussi à un bail à construction conclu moyennant un loyer dérisoire(22), ou à d'autres contrats(23). Cependant, le même rapport donne au texte une portée plus importante en précisant (conformément à la lettre de celui-ci qui vise tous les contrats à titre onéreux) que « le champ de cet article dépasse celui des contrats synallagmatiques et commutatifs, de sorte qu'y sont également soumis les contrats aléatoires et les contrats unilatéraux à titre onéreux ». Quand bien même le contrat d'assurance serait toujours regardé comme aléatoire(24), il a donc vocation à être régi par le texte. Il faut donc s'attarder sur ce dernier en en faisant quasiment l'exégèse.

11. En ce qui concerne la notion même de contrepartie, on observera qu'est visée celle « convenue au profit de celui qui s'engage ». Dans la typologie précédemment évoquée⁽²⁵⁾, est donc en cause la contrepartie d'une obligation, à savoir a priori une autre obligation de sens

contraire. Le terme « contrepartie » est ici assez proche de la notion de cause de l'obligation, au moins dans les contrats synallagmatiques où celle-ci consistait dans l'objet de l'obligation de l'autre partie. En assurance, on dira que la contrepartie de l'obligation de couverture du risque à la charge de l'assureur est l'obligation au paiement de la prime dont est tenu l'assuré et réciproquement. Comme le texte est rédigé, il vise donc aussi bien l'assurance stipulant une garantie dérisoire que l'assurance conclue à vile prime (plutôt que l'assurance sans prime qui est exceptionnelle dans la pratique et inconcevable au plan théorique (26). Sont donc concernées aussi bien l'assurance qui ne couvre presque rien, la garantie étant privée de sa substance comme dans le cas d'une exclusion qui ne serait pas limitée(27), que l'assurance qui ne coûte presque rien.

- 12. S'agissant du « presque » et donc du caractère dérisoire ou illusoire de la contrepartie, on commencera par indiquer que, conformément à la lettre du texte, il s'apprécie au moment de la formation du contrat, ce qui exclut le stade de l'exécution, où c'est la théorie de l'imprévisibilité qui trouve à s'appliquer (mais alors, il ne s'agit pas de dérisoire, mais d'extrême onérosité(28)). Ce pourrait être aussi, en cas de disparition du risque, la théorie de la caducité désormais consacrée à l'article 1186 du Code civil, selon leguel « un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ». Elle pourrait s'appliquer à toute hypothèse de disparition du risque, l'article L. 121-9 du Code des assurances, texte spécial, visant a priori le seul cas où cette disparition est consécutive à une destruction de la chose assurée à la suite d'un événement non couvert par le contrat⁽²⁹⁾. La disparition de la notion de cause n'est donc pas ici très gênante.
- 13. Quant au contenu même du « presque », on insistera sur le fait que le texte assimile au dérisoire (qui est nettement objectif) l'illusoire qui est une notion plus complexe. On rappellera que, pour les dictionnaires, est illusoire ce « qui est propre à engendrer l'illusion » et que l'illusion est « une erreur de perception causée par une fausse apparence »(30). Deux interrogations se font jour :
- En ce qui concerne l'objet de l'illusion, celle-ci porte-t-elle sur l'existence même de la contrepartie ou également sur l'importance de celle-ci? Dans le premier cas, la notion est proche de la fausse cause de l'ancien article 1131 du Code civil et donc de l'absence pure et simple de cause(31). On croyait qu'il y avait une cause et en fait il n'y en a pas. Au contraire, dans le deuxième cas, la contrepartie

⁽¹⁸⁾ Supra, § 7.

⁽¹⁹⁾ Supra. § 1.

⁽²⁰⁾ JO. 21 févr. 2016.

⁽²¹⁾ Solution classique depuis Cass. req., 3 mai 1922 : S. 1922, 1, p. 310.

⁽²²⁾ Cass. 3e civ., 21 sept. 2011, ne 10-21900 : Bull. civ. III, ne 152 ; D. 2011, p. 2711, note Mazeaud D.

⁽²³⁾ V., pour une cession de droits incorporels sans contrepartie sérieuse, Cass. 1re civ., 15 juin 1994, n° 92-15174 : Bull. civ. I, n° 215 ; RTD com. 1994, p. 718, obs. Champaud C. et Danet D.

⁽²⁴⁾ Sur la discussion, v. supra, § 5.

⁽²⁵⁾ Supra, § 1.

⁽²⁶⁾ Car la prime est de l'essence du contrat d'assurance, comme le prix est de l'essence du contrat de vente ; v. Mayaux L., in Bigot J. (dir.), op. cit., nos 92 et s. ; Bichot P., Assurance et gratuité : une garantie sans prime ?, Kullmann J. (dir.), thèse Paris I, 1999, Diffusion ANRT. Il en résulte que le nouvel article 1165 du Code civil, qui vise l'hypothèse où, dans un contrat de prestation de service, aucun prix ne serait convenu avant son exécution (il sera alors fixé unilatéralement par le créancier à charge pour lui d'en motiver le montant, et sous réserve d'un contrôle de l'abus par le juge), n'a pas vocation à s'appliquer au contrat d'assurance. Dans celui-ci, la prime est a priori connue d'avance (et généralement payable d'avance). Il en va de la sécurité juridique de l'assurance. Sur l'exception apparente des mutuelles à cotisation variable, v. Bigot J. (dir.), op. cit., t. I. Entreprises et organismes d'assurance, 3e éd., 2011, LGDJ, nos 611 et s.

⁽²⁷⁾ V., utilisant l'expression, Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 1992, n° 88-19313 : RGAT 1992, p. 358, 3e esp., note Bigot J.

⁽²⁸⁾ C. civ., art. 1195.

⁽²⁹⁾ Supra § 7

⁽³⁰⁾ Le Robert, v° « Illusoire » et v° « Illusion ».

⁽³¹⁾ V. Chénedé F., Le nouveau droit des obligations et des contrats, 2016, Dalloz, n° 23-282

peut être réelle, même si elle n'est pas celle que l'on attendait. Pour s'inspirer de Raymond Devos, le presque rien est ici déjà quelque chose et, sanction mise à part⁽³²⁾, l'hypothèse ressemble à celle de l'absence partielle de cause. L'assurance, où les garanties sont plus souvent illusoires que dérisoires au sens strict du terme, est directement intéressée.

- En ce qui concerne les caractères de l'illusion, celle-ci est-elle objective ou subjective ? À l'évidence, on n'est pas loin des vices du consentement, comme en atteste un arrêt qui, à propos d'une clause d'exclusion, avait très clairement franchi la ligne rouge(33). Mais, la solution était liée aux faits de l'espèce, dans laquelle l'assuré (un motocycliste) avait contracté sur la foi de documents publicitaires l'ayant trompé sur la garantie souscrite (34). Dans la pratique, le cas est rare. Généralement, l'assuré n'est pas victime d'une erreur, il n'a simplement pas conscience de la portée de la clause restrictive de garantie. L'illusion existe, mais c'est celle individuelle de l'homme (ou de la femme) de la rue qui voit ce qu'il veut bien voir⁽³⁵⁾, ou celle collective des spectateurs d'un numéro de magie qui voient ce que le prestidigitateur a bien voulu leur montrer. C'est l'illusion dont sont victimes les bons pères (ou les bonnes mères) de famille qui peuplent la salle de spectacle. C'est une illusion appréciée in abstracto, ce qui, en dispensant de la preuve d'une erreur, rend le texte plus facilement applicable.
- 14. S'agissant enfin de la sanction, le même article 1169 du Code civil dispose que « le contrat est nul », ce qui est brutal et mal adapté à l'assurance. Certes, la nullité est relative⁽³⁶⁾, ce qui est propre à tempérer cette rigueur. Seule la partie dont l'intérêt est protégé pourra agir. Mais, c'était déjà le cas auparavant pour la nullité pour absence de cause⁽³⁷⁾, et il n'y a donc rien de changé sur ce point. L'essentiel est ailleurs, dans le fait que c'est le contrat qui est nul et non la seule clause qui est à l'origine du caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie. Dans ces conditions, on voit mal un assuré victime d'un sinistre invoquer le fait que la garantie est réduite à presque rien pour faire annuler le contrat. Il ne sera pas garanti pour autant. En outre, quand la clause à l'origine de l'insuffisance de garantie est une clause d'exclusion, il ne trouvera aucun intérêt à utiliser cette voie. L'article L. 113-1 du Code des assurances, texte spécial, qui dispose que seule l'exclusion est réputée non écrite, est d'un meilleur secours. Et quand

la clause en question n'est pas une exclusion, mais définit l'objet de la garantie, l'assuré ne trouvera pas non plus grand intérêt à agir en nullité si ce n'est pour obtenir la restitution des primes⁽³⁸⁾. Quant à l'assureur, qui couvrirait un risque moyennant une prime dérisoire ou illusoire, il faudrait sans doute distinguer deux hypothèses:

- Si la prime est réellement dérisoire, ce qui apparente la situation à une absence totale de prime, l'assureur trouverait certes un intérêt à demander la nullité, et cela d'autant plus que la prime est un élément essentiel du contrat d'assurance. Mais, comme on l'a vu, l'hypothèse est exceptionnelle.
- Si la prime n'est pas dérisoire mais seulement illusoire et peut donc avoir une vraie consistance, une distinction pourrait être faite selon que l'illusion est ou non provoquée par le fait de l'assuré qui aurait mal déclaré les risques. Dans l'affirmative, l'action paraît fermée. On peut penser, en effet, que les règles spéciales du Code des assurances en matière de fausse déclaration des risques (39) prévaudront sur le droit commun. C'est du moins ce que la Cour de cassation a estimé quand elle a écarté la nullité pour dol au profit de ces règles (40). Dans la négative, le texte trouverait au contraire une certaine utilité. On songe à de nouveaux risques que les assureurs (car, s'agissant d'une appréciation in abstracto, l'illusion est collective ou du moins partagée par tout assureur raisonnable⁽⁴¹⁾) auraient mal évalués à la souscription et pour lesquels ils s'étaient illusionnés sur le coût de leur garantie. Il y a tout de même deux conditions qui seront difficiles à remplir. La première est que l'illusion touche vraiment à l'appréciation du risque à la souscription et ne soit donc pas liée à une aggravation ultérieure de celui-ci, que le texte n'a pas vocation à régir. La seconde est que le juge retienne cette illusion collective, ce qui n'est pas gagné eu égard à la qualité de professionnels du risque des intéressés qui ne sont pas gens à se faire des illusions. En outre, c'est tout de même beaucoup solliciter le texte que de l'appliquer à une prime qui serait bien réelle même si elle a été mal calculée. Pour convaincre le juge, l'illusoire ne doit pas trop s'éloigner du dérisoire.

(32) Qui est la nullité du contrat et non l'éradication d'une de ses clauses : v. infra, § 14

B. L'article 1170 du Code civil

15. Cet autre texte dispose que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Là encore, le rapport au président de la République fournit quelques éclaircissements quant aux intentions des auteurs de l'ordonnance. Il s'agirait de « consacrer la jurisprudence dite *Chronopost* de 1996⁽⁴²⁾ relative aux clauses contredisant l'obligation essentielle du débiteur », l'article trouvant « notamment à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité ». On en prend acte. Mais, l'utilisation de

⁽³³⁾ Cass. 1^{ee} civ., 10 juill. 1995, n° 91-19319 : RGAT 1995, p. 883, note Mayaux L. ; Resp. civ. et assur. 1995, chron. 46, note Groutel H., considérant que l'exclusion devait être réputée non écrite « dès lors qu'elle annulait les effets de la garantie spéciale déterminante du consentement de l'assuré ».

⁽³⁴⁾ Qui portait sur la pratique du « tout-terrain », l'assuré pensant qu'il était aussi couvert pour les trajets entre son domicile et le lieu où il pratiquait le « tout-terrain ».

⁽³⁵⁾ Comme c'est aussi le cas, mais en sens contraire, des juges adeptes de la « méthode du zoom » (dénoncée par Groutel H., *Traité du contrat d'assurance terrestre*, 2008, LexisNexis, n° 516), qui se focalisent sur l'exclusion sans voir ce qui reste couvert par le contrat. À leur manière, ils sont aussi victimes d'une illusion.

⁽³⁶⁾ Par application de l'article 1179 du Code civil qui consacre la distinction des nullités relatives et absolues et retient pour les identifier le critère de l'intérêt (privé ou général).

⁽³⁷⁾ Cass. 1"e civ., 9 nov. 1999, nos 97-16306 et 97-16800 : Bull. civ. I, no 293 ; RGDA 2000, p. 33, note Kullmann J. ; Resp. civ. et assur. 2000, chron. 2, note Groutel H. ; JCP G 2000, I, 219, spéc. no 3, obs. Mayaux L. – la troisième chambre civile et surtout la chambre commerciale ont suivi plus tardivement, v., hors de l'assurance, Cass. 3º civ., 21 sept. 2011, no 10-21900, préc. – Cass. com., 22 mars 2016, no 14-14218, PB : RTD civ. 2016, p. 343, obs. Barbier H. ; RTD com. 216, p. 317, obs. Bouloc B.

⁽³⁸⁾ Et encore, il faut imaginer que la garantie soit vraiment réduite à presque rien, sinon une partie des primes passées aura servi à une couverture effective (bien qu'illusoire) du risque et ne devra donc pas être restituée.

⁽³⁹⁾ C. assur., art. L. 113-8 et L. 113-9.

⁽⁴⁰⁾ Cass. 2° civ., 3 juin 2010, n° 09-14876 : Resp. civ. et assur. 2010, comm. 233, note Groutel H. – Cass. 2° civ., 3 juill. 2014, n° 13-18760 : Bull. civ. II, n° 166 ; RGDA sept. 2014, n° 111e1, p. 443, 2° esp., note Pélissier A.

⁽⁴¹⁾ Supra, § 13.

⁽⁴²⁾ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18632 : Bull. civ. IV, n° 261 ; D. 1997, p. 121, note Sériaux A. – v. aussi Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11841 : Bull. civ. IV, n° 115 ; JCP G 2010, 787, note Houtcieff D. ; D. 2010, p. 1832, note Mazeaud D. (arrêt dit *Faurécia 2*, selon lequel « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur »).

l'adverbe « notamment » par les auteurs du rapport laisse entendre que, pour ceux-ci, le texte a un domaine plus large et pourrait donc s'appliquer à toute clause privant de sa substance l'obligation essentielle, quelle que soit sa manière d'opérer (un peu comme pour les clauses abusives du Code de la consommation où sont visées des clauses qui ont « pour objet ou pour effet » tel résultat(43). En assurance, on songe immédiatement aux clauses d'exclusion, pour lesquelles on observe un rapprochement sémantique entre le présent article et certains arrêts(44). Mais, pourraient aussi être concernées les clauses définissant l'objet de la garantie (quand celui-ci est excessivement étriqué) et, plus généralement, toutes les clauses restrictives de garantie (comme celles édictant des conditions de la garantie trop strictes ou des limites de garantie trop faibles), dès lors que la restriction opérée tend à réduire la garantie à presque rien (45). L'application de l'article 1170 du Code civil permettrait ainsi d'appliquer à toutes ces clauses un régime voisin de celui des exclusions (46). Qu'est-ce, en effet, qu'une exclusion non limitée, si ce n'est celle qui vide la garantie – obligation essentielle du contrat d'assurance – de sa substance ? Cela rejoindrait les vœux de la doctrine qui prône un rapprochement des régimes pour trancher le nœud gordien de la qualification (47). En outre, cela permettrait de pallier l'impossibilité, pour les clauses délimitant la garantie, d'invoquer le nouvel article 1171 du Code civil relatif aux clauses abusives dans les contrats d'adhésion(48). En effet, celui-ci interdit que l'appréciation du déséquilibre significatif porte sur l'objet principal du contrat, quand bien même (contrairement aux clauses abusives du droit de la consommation(49) la clause dont il s'agit ne serait pas rédigée de manière claire et compréhensible. Au contraire, le nouvel article 1170, qui ne s'intéresse pas à la clarté de

- (43) V. C. consom., art. L. 212-1, R. 212-1 et R. 212-2.
- (44) V., par ex., Cass. 1º civ., 14 janv. 1992, nº 88-19313, préc., approuvant les juges du fond d'avoir estimé « qu'une telle exclusion vidait le contrat de sa substance, mettant en cause l'objet même de la garantie ».
- (45) V., par ex., pour une clause combinant un plafond en valeur absolue et une franchise proportionnelle au montant du dommage, Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 1990, n° 88-17513 : Bull. civ. I, n° 213 ; RGAT 1991, p. 40, note Bigot J ; la cassation est prononcée pour violation du principe indemnitaire (et donc au visa de l'article L. 121-1 du Code des assurances). Aujourd'hui, elle pourrait l'être (et de manière moins artificielle) au visa de l'article 1170 nouveau du Code civil.
- (46) V., dans la même ligne, l'article 51, § 1, du projet de loi brésilien n° 29/2017 sur le contrat d'assurance qui unifie le régime de toutes les clauses qui restreignent, directement ou indirectement, la garantie. Selon ce texte, « les clauses relatives à la perte des droits, l'exclusion des intérêts et des risques, l'imposition d'obligations et de restrictions de droits seront rédigées de façon claire, compréhensible, en bonne place, sous peine de nullité ».
- (47) V. Durry G., « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque : une proposition pour trancher le nœud gordien », in Études offertes à Hubert Groutel, 2006, LexisNexis-Litec, p. 129.
- (48) Au demeurant, la portée de ce texte risque d'être fortement diminuée à la suite du vote de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Si le texte adopté par le Sénat devait être repris par l'Assemblée nationale, la définition des contrats d'adhésion serait modifiée, par disparition, à l'article 1110 du Code civil, de la référence (essentielle en matière d'assurance) à des « conditions générales soustraites à la négociation », et son remplacement par les mots : « qui comporte des clauses non négociables, unilatéralement ». Et, à l'intérieur de ces contrats, seule pourrait être déclarée abusive la clause « non négociable, unilatéralement déterminée à l'avance par l'une des parties » (C. civ., art. 1171 nouv.). V. projet de loi n° 5, adopté en première lecture par le Sénat, 17 oct. 2017. Autrement dit, un contrat comportant des conditions générales n'est plus nécessairement un contrat d'adhésion. Et, à l'intérieur des contrats d'adhésion, seules les clauses non négociables peuvent être déclarées abusives ; v. Chénedé E., « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », D. 2017, p. 2214.
- (49) C. consom., art. L. 212-1, al. 3.

la clause, mais à son effet sur l'obligation essentielle et donc sur la garantie, présente de ce fait un réel intérêt.

16. On ajoutera qu'en ce qui concerne la sanction, le texte prévoit que la clause litigieuse est réputée non écrite, ce qui, sur ce point comme sur celui de l'objet de la clause, le rapproche de l'article L. 113-1 du Code des assurances relatif aux exclusions et l'éloigne de l'article 1169 du Code civil qui prévoit la nullité du contrat⁽⁵⁰⁾. Le « réputé non écrit » gagne ainsi du terrain. L'inconvénient, que l'on rencontrait déjà à propos des exclusions, est que l'éradication de la clause, sans qu'il y ait en contrepartie d'augmentation de la prime, contribue à déséquilibrer le contrat. Comme on va le voir, l'application éventuelle de l'article 1166 du Code civil pourrait éviter cet inconvénient.

C. L'article 1166 du Code civil

- 17. En première analyse, ce texte paraît hors de propos, disposant simplement que « lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ». Certes, il fait référence à la contrepartie, mais seulement pour des contrats portant sur des biens fongibles. Telle est du moins l'opinion des auteurs du rapport au président de la République qui, pour tout commentaire, se contentent de renvoyer à l'ancien article 1246 du Code civil, selon lequel « si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce ; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise ». Seraient donc en cause des contrats ayant pour objet des choses de genre (à l'exclusion cependant des prestations pécuniaires car il n'y a ni bon ni mauvais argent).
- 18. Toutefois, on peut songer, comme on l'a fait pour les articles 1169 et 1170 du Code civil, à une interprétation créatrice du texte, détachée du contexte historique et des intentions premières du législateur (qui n'ont d'ailleurs pas le même poids pour une ordonnance que pour une « vraie loi »). Or, à la simple lecture de l'article 1166, il apparaît que le domaine du texte n'est pas limité aux choses de genre (contrairement à l'ancien article 1246) et que la « prestation » qu'il vise peut consister dans la fourniture de toute chose ou de toute prestation de services, dès lors que leur qualité peut varier. En assurance, on songe à la prestation de règlement, au moins quand elle est en nature et consiste dans la réparation ou le remplacement du bien sinistré. Mais, on pense aussi, par extension, à la prestation de couverture ou, dans un langage plus classique, à la garantie car, selon les contrats, il est des garanties d'une qualité plus ou moins bonne, qui ne répondent pas toujours aux attentes de l'assuré. Naturellement, le texte exige que cette qualité ne soit pas déterminée ou déterminable, ce qui suppose que les clauses définissant l'objet de la garantie (ou le restreignant) ne soient pas claires et précises, rendant de ce fait impossible la délimitation exacte de celle-ci. Mais justement,

⁽⁵⁰⁾ On n'a pas assez observé combien les articles 1169 et 1170 du Code civil qui, pris séparément, répondent à des objectifs somme toute limités (consacrer deux jurisprudences, l'une sur les contrats à vil prix et l'autre sur les clauses contredisant la portée de l'obligation essentielle) présentent à la fois une grande force expansive et une réelle antinomie. Un lecteur faussement naïf, qui se contenterait de lire les deux textes à la suite, sans se préoccuper du contexte jurisprudentiel antérieur, peut légitimement se demander comment une clause qui prive une obligation de sa contrepartie ou qui porte atteinte à la substance du contrat (ce qui est du pareil au même, ou presque) peut à la fois entraîner la nullité de celui-ci (C. civ., art. 1169) et être réputée non écrite (C. civ., art. 1170).

l'exigence de précision est déjà présente pour les exclusions dès lors qu'une exclusion qui n'est pas claire et précise, et donc susceptible d'interprétation, n'est pas formelle au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances et doit donc être éradiquée⁽⁵¹⁾. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour toutes les clauses restrictives de garantie ? On a vu qu'en vertu du nouvel article 1170 du Code civil, ces dernières ne devaient pas vider la garantie de sa substance. Par application de l'article 1166, elles ne devraient pas non plus être imprécises. En combinant deux articles du Code civil, on leur étendrait l'exigence, posée pour les exclusions par l'article L. 113-1 du Code des assurances, que la restriction soit formelle et limitée.

19. En revanche, au moins pour l'article 1166 du Code civil(52), la sanction n'est pas la même, dès lors que le texte se contente d'exiger « une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ». Plutôt que de procéder négativement, par suppression d'une clause, la loi fixe positivement le contenu du contrat. Tout cela est très moderne (inspiré, d'après le rapport au président de la République, par les « projets européens d'harmonisation du droit ») et aussi très doctrinal(53). En assurance, l'application est toute trouvée et finalement pas si compliquée à mettre en œuvre. Il faut se demander à quoi s'attend l'assuré (plus que les deux parties(54)), en considération de la nature de la garantie(55), des usages (ou plutôt de l'état du marché⁽⁵⁶⁾) et de la prime versée en contrepartie. À petites primes, petites garanties, quelles que soient les attentes de l'assuré à propos de ces dernières ! On est loin de la jurisprudence relative aux clauses « base réclamation » en assurances de responsabilité qui, répondant aux attentes de l'assuré, étendait la garantie à tout le temps où la responsabilité pouvait être recherchée(57), mais de manière totalement gratuite (58). Au contraire, l'article 1166 du Code

(51) Solution constante depuis Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2001 : D. 2001, p. 2776, note Beignier B ; RGDA 2001, p. 944, note Kullmann J. ; Resp. civ. et assur. 2001, chron. 19, note Groutel H.

(52) Sinon pour l'article 1170 : v. supra, § 16.

(53) V. Kenfack H., « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat », in La confiance en droit privé des contrats, 2008, Dalloz, p. 117.

(54) Car, l'attente de l'assureur n'est évidemment pas que la garantie qu'il fournit soit la plus élevée possible (sauf naturellement le risque qu'une garantie trop faible détourne les assurés vers des contrats de concurrents). Cette prise en compte des seules attentes du créancier de la prestation (à l'exclusion de celles du débiteur) a conduit les sénateurs à une modification de l'article 1166 du Code civil lors de l'examen du projet de loi de ratification de l'ordonnance. En l'état actuel de ce projet, la prestation n'est plus conforme aux « attentes légitimes des parties » mais « à ce que pouvait raisonnablement attendre le créancier ».

(55) Par exemple, une garantie « incapacité de travail » n'a pas vocation à couvrir l'assuré après l'âge de la retraite.

(56) Ainsi, en assurance « emprunteurs », si la garantie « invalidité » cesse à l'âge de la retraite, c'est moins en raison de sa nature (comme pour la garantie « incapacité de travail ») que parce que la plupart des acteurs du marché ne la proposent pas

(57) V., alignant la durée de la garantie sur celle de la responsabilité, Cass. 1º civ., 16 déc. 1997, n^{os} 94-17061 et 94-20060 : Bull. civ. I, n^{o} 370 ; JCP G 1998, II 10018, rapp. Sargos P. ; D. 1998, p. 287, note Lambert-Faivre Y. ; RGDA 1998, p. 124, note Mayaux L. ; Resp. civ. et assur. 1998, comm. 208 et chron. 15, note Agard M.-A.

(58) Groutel H., « L'assurance gratuite, à propos de l'ancienne garantie subséquente », Resp. civ. et assur. 1992, chron. 14 ; sur le fait que l'assureur ne saurait réclamer une « prime subséquente », v. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1993, n° 91-22301 : RGAT 1994, p. 40, note Bigot J. — Cass. 1^{re} civ., 30 mars 1994, n° 92-13071 : RGAT 1994, p. 1176, note Perinet-Marquet H. ; et dans le même sens, pour un sinistre où la loi du 1^{er} août 2003 ne s'appliquait pas, Cass. 3^e civ., 5 juill. 2006, n° 05-14794 : RGDA 2006, p. 955, note Mayaux L.

civil préserve l'équilibre contractuel. Il présente aussi l'avantage d'un contrôle des clauses restrictives de garantie qui ne seraient pas rédigées de manière claire et compréhensible, ce qui n'est pas possible au titre de l'article 1171, relatif aux clauses abusives⁽⁵⁹⁾.

20. En sens contraire, on soulignera tout de même combien la théorie des attentes légitimes que consacre ce texte reste dangereuse au regard de la sécurité juridique qu'est censé apporter le contrat. On ne devrait attendre de ce dernier que ce qu'il vous offre, sous réserve qu'il ne soit pas trompeur (ce qui renvoie aux vices du consentement ou, dans une tournure plus objective, à la contrepartie illusoire (60) ou, si l'obligation essentielle est en cause, qu'il ne soit pas privé de sa substance⁽⁶¹⁾. Dans ces conditions, il serait plus raisonnable d'en revenir à l'interprétation donnée par les auteurs du rapport au président de la République, en limitant le domaine du nouvel article 1166 du Code civil (comme c'était le cas de l'ancien article 1246(62)) aux seules prestations portant sur des choses de genre, ce qui a priori exclut l'assurance. Autrement dit, l'assuré serait en droit d'attendre une garantie qui ne soit pas dérisoire ou illusoire (C. civ., art. 1169), qui ne soit pas vidée de sa substance (C. civ., art. 1170). Mais, il ne pourrait s'attendre à plus, quand bien même le contrat ne serait pas clair et compréhensible. Ou, plus exactement, ses attentes sont alors juridiquement irrecevables. L'article 1166 du Code civil constitue-til une « machine à faire sauter le contrat » ou traduit-il une vision plus moderne de celui-ci? On se croirait revenu aux premiers débats sur l'enrichissement sans cause⁽⁶³⁾. Et, comme ce fut le cas pour ce dernier, l'avenir est entre les mains du juge qui décidera jusqu'à quel point il faut cantonner le domaine du texte. En tout cas l'examen du trio d'articles que l'on vient d'opérer révèle leur potentialité et peutêtre l'inutilité de certaines règles spéciales du droit des assurances ou du droit de la consommation. Le droit commun des contrats tiendrait-il sa revanche?

⁽⁵⁹⁾ Qui exclut un contrôle des clauses portant sur l'objet principal du contrat, qu'elles soient ou non rédigées de manière claire et compréhensible ; v. supra, § 15.

⁽⁶⁰⁾ Supra, § 13.

⁽⁶¹⁾ V. déjà en ce sens, Mayaux L., Mayaux L., in Bigot J. (dir.), op. cit., t. V, Les assurances de dommages, 2017, LGDJ, n° 1513.

⁽⁶²⁾ Supra, § 17.

⁽⁶³⁾ Où il était reproché à l'action *de in rem verso* d'être une « machine à faire sauter le droit ». V. Malaurie P., Aynès L. et Stoffel-Munck P., *Les obligations*, 9° éd., 2017, LGDJ, n° 1058, qui attribuent la formule à Jacques Flour.

La disparition du contrat (nullité, caducité, résolution, résiliation)

La réforme du droit des obligations va de consolidations en innovations sur le vaste thème de la disparition du contrat. Certaines pourraient être à l'origine d'un changement des pratiques aussi bien sur la question de la nullité du contrat d'assurance que de sa rupture. Elle conduit à s'interroger à nouveau sur le rapport entre le droit commun des contrats et les régimes spéciaux.

Par Didier Krajeski

Professeur à l'université Toulouse 1 Capitole



a réforme qui est entrée en vigueur le 1er octobre 2016 est, selon un avis très répandu⁽¹⁾, plus qu'une simple consécration du droit positif existant. On trouve de véritables nouveautés dans ce qui a été ajouté ou retiré au Code civil. Différents motifs ont justifié et guidé cette réforme. Il y a d'abord l'accessibilité du droit des obligations qui a notamment conduit les promoteurs de la réforme à souhaiter une correspondance entre les textes du droit des obligations et le droit positif. Cet objectif porte en lui l'idée d'une réforme qui viendrait consacrer les solutions existantes. Il n'est cependant pas le seul poursuivi, il est associé à une recherche d'attractivité du droit des obligations, d'efficacité, de sécurité, ainsi que d'une plus grande protection de la partie faible⁽²⁾. Ces objectifs peuvent être, eux, à l'origine de l'adoption de mécanismes innovants en droit français des obligations qui ouvrent, pour les cocontractants, de véritables perspectives.

Concernant la thématique de la disparition du contrat, on pourrait, dans un premier temps, considérer que l'apport de la réforme est, par définition limité, en matière de contrat d'assurance⁽³⁾. Trois codes vont principalement régir ce contrat (Code des assurances, Code civil, Code de la consommation). Selon le thème abordé, on peut constater une prédominance de l'un ou l'autre. Si le Code civil plane

nécessairement sur la totalité de la relation⁽⁴⁾, il est plus ou moins éclipsé par l'un des autres codes selon l'étape de la relation traitée et les circonstances de fait dans laquelle elle s'inscrit. S'agissant de la disparition du contrat, justement, on pourrait se dire que les parties ont suffisamment à faire avec le Code des assurances et le Code de la consommation pour ne pas avoir à y ajouter les dispositions du Code civil. Ainsi, la question de la résiliation, déjà largement traitée par le Code des assurances, est encore nourrie par les dispositions du Code de la consommation lui aussi récemment réformé. Est-il nécessaire d'aller chercher d'autres possibilités dans le Code civil ? Nous verrons pourtant que, à la faveur de la réforme, des perspectives s'ouvrent.

Sur le thème de la nullité du contrat, la question est un peu différente. On sait le contentieux particulièrement nourri par une cause de nullité propre aux assurances⁽⁵⁾. La jurisprudence ne souhaite manifestement pas que le droit commun puisse servir d'échappatoire⁽⁶⁾ et la réforme de 2016 semble ne pas remettre en cause cet équilibre. Doit-on s'en tenir là ? Il ne s'agit cependant que d'une cause de nullité invoquée à l'encontre de l'une des parties. Elle ne saurait épuiser à elle seule toute la question de la validité du contrat d'assurance même si elle concentre l'attention.

On le voit, s'arrêter à ces constats n'est évidemment pas satisfaisant. La richesse de la relation d'assurance n'est pas entièrement intégrée dans le Code des assurances. Celui-ci se focalise sur ce qui est propre à cette relation, laissant au droit commun, que l'on trouve dans le Code civil, les questions qui se posent de façon plus générale. C'est un premier point. Une réforme du droit commun des contrats a, par ailleurs, l'intérêt de permettre de déterminer si certaines questions, peu ou pas assez traitées dans un code spécial dans lequel les solutions commencent à dater, peuvent trouver une réponse satisfaisante dans de nouvelles règles, de nouveaux mécanismes. De ce point de vue, de réelles perspectives semblent ouvertes par la réforme des obligations.

L'idée qui guide notre réflexion sur un champ d'étude assez large (nullité, caducité, résolution/résiliation) est de relever dans le droit des contrats tel qu'il résulte de la réforme opérée en 2016, des nouveautés, des changements, qui pourraient être de nature à apporter des solutions différentes concernant un certain nombre de contentieux rencontrés en droit des assurances. En toute prudence, en l'état d'une réforme qui n'a pas encore été éprouvée par les décisions de justice, nous allons tenter de voir si, au détour de tel ou tel texte, véritable ajout ou simple consécration, il est possible de nourrir des

⁽¹⁾ Mekki M., « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », D. 2016, p. 494.

⁽²⁾ Mekki M., préc., n° 4.

⁽³⁾ Bigot J., « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de la preuve et le contrat d'assurance », JCP G 2016, 833 – Bertrand P., « Quel impact sur le contrat d'assurance ? », D. 2016, p. 115.

⁽⁴⁾ C. civ., art. 1105.

⁽⁵⁾ C. assur., art. L. 113-8.

⁽⁶⁾ Cass. 2° civ., 15 févr. 2007, n° 05-20865 : D. 2007, p. 1635, note Noguéro D. – Cass. 2° civ., 3 juill. 2014, n° 13-18760 : Bull. civ. II, n° 166 ; RGDA sept. 2014, n° 111e1, p. 443, note Pélissier A.

espoirs ou des craintes. Dans cette démarche, on tentera de distinguer les clarifications bienvenues opérées par la réforme avant d'envisager les véritables perspectives ouvertes par celle-ci. On ne sera pas surpris de constater que les deux catégories ne sont pas étanches. Ce qui ne devrait être qu'une simple clarification peut ainsi ouvrir, à la faveur d'une rédaction différente, une véritable perspective. Par souci de simplicité, nous appliquerons ce raisonnement en distinguant deux hypothèses de disparition : le cas d'un contrat d'assurance qui ne respecterait pas les règles de formation (I) et celle de la disparition d'un contrat d'assurance qui serait valablement conclu (II).

I. les règles de formation et la disparition du contrat d'assurance

Tout spécial qu'il soit, le contrat d'assurance reste un contrat soumis aux règles du droit commun en ce qui concerne ses conditions de validité. Ici, peut-être plus que dans d'autres domaines, la réforme portant sur les conditions de validité du contrat et la façon de sanctionner leur non-respect a nécessairement des conséquences sur le contrat d'assurance. Nous verrons qu'il y a du nouveau dans les conditions de validité du contrat (A) et des clarifications apportées quant à la nullité du contrat (B).

A. Du nouveau dans les conditions de validité du contrat

Dans l'article 1128 qui énumère *les conditions de formation du contrat*, comment ne pas remarquer que les exigences de cause et d'objet ont cédé la place à celle d'un contenu licite et certain. L'objet et la cause ont disparu à cet endroit, mais l'on sait que leurs fonctions sont conservées dans différentes dispositions et mécanismes. On peut principalement citer l'exigence d'un but conforme à l'ordre public de l'article 1162 du Code civil, d'une contrepartie qui ne soit pas illusoire ou dérisoire⁽⁷⁾, la sanction des clauses privant l'obligation essentielle du débiteur de substance⁽⁸⁾. Ce changement, qui paraît symboliquement si important, ne devrait pas avoir d'énormes conséquences pratiques.

Concernant *la capacité de contracter*, les dispositions du Code civil apportent de réelles clarifications ne serait-ce que dans le regroupement des textes. On pointera quelques dispositions qui peuvent intéresser le contrat d'assurance. La première, prévue à l'article 1148, généralise la possibilité pour les personnes incapables de contracter, d'accomplir seules « les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales ». On voit là un assouplissement à l'interdiction que génère l'incapacité permettant de sauver un contrat. La même idée se retrouve dans la possibilité qu'a le cocontractant de faire obstacle à l'action en nullité en établissant « que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci »⁽⁹⁾. L'argument de l'incapacité, invoqué au soutien de la demande en nullité du contrat ne laisse pas sans armes. En la matière, il faut l'affirmer, la principale innovation consiste

à définir la capacité des personnes morales⁽¹⁰⁾. Si elles concluent spontanément des contrats d'assurance, il n'est pas inutile de rappeler que certaines formes de contrat, telles que les assurances collectives de dommages, leur sont réservées⁽¹¹⁾. Il faudra être attentif à entrer dans le cadre prévu pour ne pas s'exposer à la nullité. Le texte affirme littéralement que cette capacité est limitée « aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'elles ». Deux catégories d'actes sont ainsi visées et l'on voit bien que la deuxième a un contour incertain. Il est important de préciser que la nullité fondée sur l'incapacité de contracter est relative⁽¹²⁾, elle ne peut donc être demandée par l'autre partie.

Le législateur a fait de l'inopposabilité la sanction normale des règles de *la représentation*, ce qui nous éloigne de la question de la disparition du contrat. On soulignera cependant que la nullité intervient pour les situations de conflit d'intérêts⁽¹³⁾. Or ceux-ci, tels qu'ils sont définis, sont susceptibles de se produire en matière d'assurance. La loi vise, en effet, deux hypothèses de conflits d'intérêts: le représentant agit pour le compte des deux parties au contrat ou il contracte pour son propre compte avec le représenté. Doit-on en attendre des complications dans notre matière? Heureusement, le texte prévoit des possibilités d'échapper à la nullité: la loi, ou le représenté, autorise l'acte, il est ratifié par le représenté. Pour les personnes morales, les deux dernières possibilités se révèlent cependant assez lourdes à mettre en œuvre ⁽¹⁴⁾.

Il y a du nouveau, avec la réforme, dans les vices du consentement. Si, pour l'essentiel, les textes se bornent à consacrer l'état du droit, auquel la jurisprudence a largement contribué, des nouveautés apparaissent. Elles résident dans les avatars que produisent les vices classiques. Ainsi, à côté du vice classique de violence, le législateur a consacré une hypothèse spécifique que l'on désignait antérieurement par le terme de « violence économique ». Cependant, la façon dont est défini ce vice dans l'article 1143 l'éloigne du concept de violence économique pour le raccrocher à l'abus de dépendance(15), quelle que soit d'ailleurs l'origine de la dépendance. Le vice est constitué « lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire en avantage manifestement excessif ». Pour être caractérisé, le vice nécessite le constat d'une situation, la dépendance (bien souvent économique en assurance) et d'un résultat : un engagement qui n'aurait pas été souscrit et dont on tire un avantage manifestement excessif. Avec des formules différentes, on retrouve la même idée qu'en matière d'accords conclus avec des personnes privées de capacité : une partie profite de la faiblesse d'autrui (ici elle résulte de la dépendance) pour obtenir un avantage qu'elle n'aurait pas obtenu dans un rapport de force plus équilibré. La jurisprudence montre que le règlement du sinistre et les

⁽⁷⁾ C. civ., art. 1169.

⁽⁸⁾ C. civ., art. 1170.

⁽⁹⁾ C. civ., art. 1151.

⁽¹⁰⁾ Mousseron P., « Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social », D. 2016, p. 906.

⁽¹¹⁾ C. assur., art. L. 129-1.

⁽¹²⁾ C. civ., art. 1147.

⁽¹³⁾ C. civ., art. 1161.

⁽¹⁴⁾ Chénédé F., Le nouveau droit des obligations et des contrats, 2016, Dalloz, n° 23.37.

⁽¹⁵⁾ Barbier H., « La violence par abus de dépendance », JCP G 2016, 421.

accords qu'il génère, sont le terrain privilégié de ce vice⁽¹⁶⁾. Il pourrait encore s'appliquer à la désignation de bénéficiaire dans un contrat d'assurance vie⁽¹⁷⁾ et, pourquoi pas, aux cas dans lesquels une personne se trouve contrainte de financer l'assurance d'autrui. Pour s'en préserver, il appelle les personnes qui pourraient se trouver en position de force au regard d'un partenaire à faire preuve de mesure dans les exigences qu'elles pourraient exprimer.

Autre vice, autre avatar, la loi consacre la possibilité de sanctionner la réticence dolosive. Elle le fait avec une formulation qui fait craindre un développement des diligences d'information en la matière. La réticence est conçue comme la dissimulation intentionnelle, non pas d'une information que l'autre partie était tenue de délivrer, mais d'une information dont le contractant sait le caractère déterminant pour l'autre partie. Ainsi rédigé, la portée du texte est incertaine. Malgré cette formulation, une première interprétation conduit à considérer qu'il n'y a réticence dolosive que dans le cas où la loi impose à l'une des parties d'informer l'autre et notamment dans le cas de l'article 1112-1 du Code civil. On ne s'éloigne pas là de la conception jurisprudentielle de la réticence dolosive. Cependant, une deuxième interprétation pourrait conduire à décider que le champ de la réticence est plus large, intégrant au-delà des seules obligations légales d'information les cas entrant dans le critère du texte(18). Si cette interprétation est retenue, le champ de la réticence pourrait s'étendre bien au-delà des textes fixant des obligations d'informer et leurs limites. Rappelons cependant que la disposition subordonne la qualification à l'existence d'une dissimulation intentionnelle et à la connaissance du caractère déterminant de l'information par celui qui la détient. Par ailleurs, s'applique ici l'article 1139 admettant que l'erreur résultant du dol est toujours excusable. Elle entraîne la nullité même si elle porte sur la valeur de la prestation ou un simple motif du contrat.

B. De la clarification dans les règles relatives à la nullité du contrat

Concernant la nullité du contrat, la réforme a pour effet de moderniser les textes en consacrant les conceptions admises de la nullité. Il en résulte un travail de clarification de la théorie des nullités. Ainsi, la distinction entre nullité relative et nullité absolue, est désormais textuellement fondée. Comme l'admettent la jurisprudence et la doctrine, elle dépend de l'intérêt sauvegardé par la règle violée : entre intérêt général et intérêt privé. Il en résulte une différence quant aux titulaires de l'action et la possibilité de confirmer l'acte⁽¹⁹⁾. Cette dernière doit intervenir après la conclusion du contrat et mentionner l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat. Elle peut être tacite et résulter de l'exécution volontaire du contrat en connaissance de la cause de nullité⁽²⁰⁾. Le droit des assurances connaît bien ces comportements aux effets juridiques redoutables...

S'il existe plusieurs titulaires de l'action en nullité, la confirmation de l'un n'est pas opposable aux autres. Quant à sa mise en œuvre, il est prévu, sans surprise, que le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. Les prestations exécutées donnent lieu à restitution⁽²¹⁾ selon les règles figurant aux articles 1352 à 1352-9 du Code civil⁽²²⁾.

Trois points retiennent particulièrement l'attention. Le premier concerne le prononcé de la nullité, le deuxième, la portée de la nullité, le troisième, les délais pour agir.

On soulignera la possibilité donnée aux parties, en vertu de l'article 1178, de constater la nullité d'un commun accord(23). On sait que la nullité ne peut être constatée par l'une des parties, même si la tenant pour évidente, elle aurait envie de céder à la tentation de la notifier à l'autre⁽²⁴⁾. Dans le cas des nullités pour fausse déclaration intentionnelle, on mesure combien grande peut être cette tentation lorsque le mensonge est patent. Pourtant, l'intervention du juge reste nécessaire. Cependant, le texte la réserve désormais au cas où les parties ne l'auraient pas constatée d'un commun accord. Bien entendu, le texte ne dira rien sur la façon dont doit se formaliser ce constat. Dans le silence du texte, il se voit appliquer les règles du droit commun relatives aux conditions de validité et de forme des contrats. La plus grande prudence est cependant de mise pour éviter qu'un contentieux ne naisse, avant celui sur la nullité, sur celui de l'existence d'un accord sur la nullité! On mesure les avantages et les dangers qu'il peut y avoir, en matière d'assurance, à mettre fin au contrat d'une façon aussi simple. Les parties y trouveront une économie de coûts. Certaines pourront aussi y trouver un moyen de ne pas être contraints d'apporter tous les éléments nécessaires au prononcé de la nullité. D'autres pourront aussi y voir l'intérêt d'aménager les effets de la nullité. On peut songer ainsi à la question du sort des indemnités et primes versées avant la découverte d'une cause de nullité du contrat. Il faut cependant tenir compte du caractère d'ordre public du texte concerné tel qu'il résulte de l'article L. 111-2 du Code des assurances. Ira-t-on jusqu'à considérer que ces conventions sont

On soulignera encore la consécration textuelle de la *nullité partielle* lorsque la nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat qui ne constituent pas un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles⁽²⁵⁾. Le texte prévoit par ailleurs le maintien du contrat lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien.

On soulignera enfin la consécration de *l'imprescriptibilité de l'exception de nullité*. Le législateur a fait le choix de maintenir cette règle controversée⁽²⁶⁾. L'action en nullité se prescrit selon les règles du droit commun, sous réserve de celles prévues, pour le point de départ des

⁽¹⁶⁾ Cass. 1° civ., 30 mai 2000, n° 98-15242 : Bull. civ. I, n° 108 – RTD civ. 2002, p. 503, obs. Mestre J. et Fages B. Sur les accords d'indemnisation : Plyer H., « La nature juridique des accords d'indemnisation », RGDA févr. 2016, n° 113b8, p. 74.

⁽¹⁷⁾ Chénédé F., op. cit., n° 23.165.

⁽¹⁸⁾ Grimaldi C., « Proposition de modification de l'article 1137, alinéa 2, du Code civil relatif à la réticence dolosive », RDC 2017, n° 114a6, p. 175.

⁽¹⁹⁾ C. civ., art. 1181.

⁽²⁰⁾ C. civ., art. 1182.

⁽²¹⁾ Hervàs Hermida C., « Le régime des restitutions dans la réforme du droit des obligations », JCP N 2016, 1116.

⁽²²⁾ C. civ., art. 1178.

⁽²³⁾ Serinet Y.-M., « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », JCP G 2016, 845.

⁽²⁴⁾ Sur la guestion, Chantepie G. et Latina M., op. cit., n° 468.

⁽²⁵⁾ C. civ., art. 1184.

⁽²⁶⁾ V. Mazeaud V., « Proposition de modification de l'article 1185 du Code civil : l'exception de nullité », RDC 2017, n° 114b1, p. 184 – Picod N., « Le déclin de l'exception de nullité à l'époque contemporaine », RTD com. 2014, p. 509.

actions fondées sur les vices du consentement⁽²⁷⁾ et la capacité⁽²⁸⁾. On ajoutera la prise en compte des règles propres à la prescription en matière d'assurance. La nullité du contrat, invoquée en défense, ne se voit, elle, bornée par aucun délai. Une condition, déjà admise, doit néanmoins être remplie pour bénéficier de la perpétuité : le contrat doit n'avoir reçu aucune exécution⁽²⁹⁾. La formulation de la restriction semble consacrer la jurisprudence admettant qu'un simple commencement d'exécution suffit à exclure l'application de la règle.

En ce qui concerne la formation du contrat, on peut constater que, si la réforme n'a pas produit de révolution, elle est émaillée de nouveautés plus ou moins grandes, à la portée parfois incertaine, qui pourraient être de nature à changer la pratique en matière de contrat d'assurance. Il est intéressant de vérifier s'il en va de même pour l'hypothèse de disparition du contrat d'assurance valablement conclu.

II. La disparition du contrat d'assurance valablement conclu

Ici plus que dans le domaine précédemment abordé, le régime du contrat d'assurance semble marqué par sa spécialité. Les règles ne manquent pas, dans le Code des assurances et le Code de la consommation, pour encadrer les effets du contrat d'assurance, et plus spécifiquement sa rupture. Pourtant, là encore, la réforme est d'abord éclairante et, peut être de nature à apporter des solutions nouvelles dans la relation d'assurance.

Est ainsi éclairante la disposition prohibant les engagements perpétuels et ramenant le régime de ces contrats vers les contrats à durée indéterminée plutôt que de les conduire à la nullité. Concernant les contrats à durée indéterminée, justement, on peut apprécier la logique, déjà appliquée, consistant à permettre une rupture à tout moment sous réserve de respecter un délai contractuel ou raisonnable. S'agissant des contrats à durée déterminée, on sait que le Code des assurances régit déjà le système de la tacite reconduction envisagée par l'article 1215 du Code civil⁽³⁰⁾. Pour ces mêmes contrats, il était évidemment utile de poser qu'à l'arrivée du terme, nul ne peut en exiger le renouvellement mais qu'il est possible de les proroger ou de les renouveler⁽³¹⁾. Ces principes ne sont toutefois pas novateurs. D'autres procédés de disparition du contrat nous semblent receler des perspectives plus intéressantes en matière d'assurance.

La réforme met en effet en place, concernant l'inexécution du contrat, une nouvelle philosophie de la sanction par la résolution ou la résiliation (A). Par ailleurs, la consécration de la disparition par le jeu de la caducité peut être porteuse d'un potentiel dont il faut tenter de prendre la mesure (B).

A. Une nouvelle philosophie de la résolution/ résiliation pour inexécution

Le Code civil ouvre désormais trois voies à la résolution du contrat pour inexécution : le jeu de la clause résolutoire, et en cas d'inexécution

suffisamment grave, une notification du créancier au débiteur ou une décision de justice⁽³²⁾. Il n'y a pas d'originalité dans l'affirmation de l'une ou l'autre de ces voies. Elles existaient toutes antérieurement. L'originalité réside ici dans le fait de les mettre sur un pied d'égalité. Il en résulte plusieurs conséquences. Les parties ont, d'abord, plus de légitimité à s'approprier la rupture du contrat pour inexécution. Ce n'est plus un domaine privilégié du juge. Ensuite, en mettant sur un pied d'égalité résolution par notification et résolution judiciaire, le législateur assouplit les exigences de la première. La jurisprudence la réservait à une inexécution d'une particulière gravité⁽³³⁾, désormais, l'une des parties a la possibilité de prendre l'initiative de résoudre ou résilier le contrat pour un cas d'inexécution suffisamment grave, c'est-à-dire qui pourrait conduire un juge à prononcer la même sanction. Le niveau d'exigence est le même.

L'avantage de cette forme de rupture est que le contrat prend fin à la réception de la notification et non, quand elle est judiciaire, à la date qui est fixée par le juge, ou à défaut au jour de l'assignation en justice. Le texte prévoit une étape préalable à la résiliation : le débiteur doit être mis en demeure de satisfaire son engagement dans un délai raisonnable. Cette étape n'a pas à être respectée lorsqu'il y a urgence. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie la résolution et la motive. Évidemment, et conformément aux solutions de la jurisprudence, le créancier utilise cette voie à ses risques et périls. Si son cocontractant le conduit devant le juge, ce qu'il peut faire à tout moment, il devra être en mesure de prouver la gravité de l'inexécution.

Cette hypothèse de rupture semble pouvoir trouver sa place dans le contrat d'assurance. Il faut évidemment, pour cela, mettre en évidence un engagement du cocontractant qui n'aurait pas été respecté, ce qui entraîne des conséquences importantes sur le maintien du contrat. Ce ne pourra cependant être un engagement aussi évident que celui de payer la prime car la jurisprudence n'autorise pas une autre procédure de rupture, à titre de sanction de l'inexécution, que celle prévue par l'article L. 113-3 du Code des assurances⁽³⁴⁾.

La distinction entre résolution et résiliation est posée par l'article 1229 : il y a résiliation lorsque les prestations échangées par les parties ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque.

La sanction de l'inexécution des engagements par la rupture du contrat ne sera évidemment employée que si elle est guidée par une volonté de changer l'ampleur des sanctions. En la matière, les contrats lient plutôt l'exécution des engagements à la garantie d'assurance, par différents mécanismes, plutôt qu'à la survie du contrat. Certains engagements, par leur importance, pourraient justifier ce changement.

B. Un fort potentiel dans la caducité?

Il serait tentant de voir un potentiel très élevé, dans le mécanisme défini à l'article 1186. Cet article prévoit deux hypothèses de caducité,

⁽²⁷⁾ C. civ. art. 1144.

⁽²⁸⁾ C. civ., art. 1152.

⁽²⁹⁾ Pour un exemple concernant un contrat d'assurance : Cass. 2^e civ., 19 oct. 2006, n^o 05-17599 : Bull. civ. II, n^o 276.

⁽³⁰⁾ C. assur., art. L. 113-15.

⁽³¹⁾ C. civ., art. 1212 et s.

⁽³²⁾ C. civ., art. 1224.

⁽³³⁾ Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n° 96-21485 : Bull. civ. I, n° 300 ; D. 1999, p. 197, note Jamin C. ; Defrénois 13 oct. 1998, n° 36953-17, p. 374, note Mazeaud D. ; RTD civ. 1999, p. 394, obs. Mestre J. ; JCP G 1999, II, 10133, note Rzepechi N. Sur cette question : Chantepie G. et Latina M., op. cit., n° 655.

⁽³⁴⁾ Cass. 2° civ., 2 oct. 2008, n° 07-18327 : Resp. civ. et assur. 2008, p. 345, obs Groutel H.

pour les contrats isolés et pour les contrats liés, auxquels il fait produire le même effet : la caducité met fin au contrat et peut donner lieu à des restitutions

Dans les ensembles contractuels, lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération, la caducité joue pour les contrats dont l'exécution est rendue impossible par la disparition de l'un d'entre eux et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité suppose que le cocontractant auquel on l'oppose connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement⁽³⁵⁾. On peut se demander si, en matière d'assurance, cette hypothèse de caducité ne pourrait pas être invoquée dans les situations dans lesquelles le contrat d'assurance est un des moyens financiers permettant de réaliser une opération d'ampleur mais, évidemment sans utilité si l'opération ne se réalise pas⁽³⁶⁾.

La caducité d'un contrat isolé, au regard de celle prévue pour les ensembles contractuels, ne semble attirer que peu l'attention(37). Pourtant, elle pourrait trouver un certain retentissement en droit des assurances. Pour les contrats isolés, le texte décrit le jeu de la caducité de la façon suivante : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ». Dans notre matière, on est logiquement conduit à considérer que, l'aléa étant un élément essentiel du contrat d'assurance(38), sa disparition en cours de contrat produira la disparition de celui-ci⁽³⁹⁾. Le texte n'est pas très explicite sur les effets de la caducité, mais à sa lecture, il semble qu'elle se constate plus qu'elle ne se prononce, la disparition du contrat devant être datée au moment de la disparition de l'élément essentiel. La caducité serait, pour le cours du contrat, le pendant de la sanction de l'absence d'aléa lors de la souscription. Dans l'exécution du contrat, la caducité viendrait ainsi s'ajouter aux mécanismes qui ont pour effet de sanctionner la perturbation du jeu de l'aléa tels que l'exclusion de la faute intentionnelle ou dolosive. Une distinction s'impose néanmoins. Les mécanismes cités ont pour effet d'écarter la garantie sans remettre en question l'existence même du contrat parce que l'assuré est à l'origine d'un comportement qui n'entre pas dans les prévisions du contrat. Dépourvu de caractère aléatoire, il ne déclenche pas la garantie de l'assureur, mais il ne remet pas a priori en cause l'existence même de celui-ci qui peut poursuivre son existence, parce que, selon la formule d'un auteur, « l'assuré demeure

(35) Grimaldi C. et Deshayes O., « Proposition de modification de l'article 1186 du Code civil : la caducité dans les ensembles contractuels », RDC 2017, n° 114a9,

(36) Illustré par : Cass. 3e civ., 20 avr. 2017, n° 16-10696, P.

(37) Cependant : Seube J.-B., « L'article 1186 du projet : la caducité », RDC 2015, n° 112d3, p. 769

(38) C. assur., art. L.121-15; sur l'affirmation: Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 1985, n° 83-14742 : Bull. civ. I, n° 20 - Cass. 1re civ., 11 oct. 1994, n° 93-11295 : Bull. civ. I, n° 277 – Sur la question de la place de l'aléa : Bigot J. et a., Traité de Droit des assurances, Le contrat d'assurance, t. 3, 2º éd., 2014, LGDJ, n° 446 ; Lambert-Faivre Y. et Leveneur L., *Droit des assurances*, 13e éd., 2011, n° 211 ; Beignier B. et Bon HadjYahia S., Droit des assurances, $2^{\rm e}$ éd., 2015, LGDJ, $n^{\rm os}$ 170 et s. ; Chagny M. et Perdrix L., Droit des assurances, 3e éd., 2014, no 106 ; Mayaux L., « Les grandes questions du droit des assurances », 2011, LGDJ, n° 10 ; Kullmann J., « L'aléa condition de l'assurance ? », Resp. civ. et assur. 2014, dossier 4 ; Pierre P., « L'absence d'incidence de la disparition de l'aléa lors de l'exécution du contrat d'assurance », Resp. civ. et assur. 2014, dossier 9.

(39) Sur ce point, Groutel H. et a., Traité du contrat d'assurance terrestre, 2008, LexisNexis, nº 125.

en risque »(40). On s'en tient donc ici à la délimitation de la garantie. La caducité relève d'un autre ordre d'idée. Celle-ci est un mécanisme de disparition du contrat fondé sur l'idée que son maintien n'est plus possible. Il n'a plus de sens parce que, justement, l'assuré n'est plus en risque. L'idée n'est d'ailleurs pas absente du Code des assurances. L'article L. 121-9 prévoit, en effet, que l'assurance prend fin de plein droit en cas de perte totale de la chose assurée résultant d'un événement non prévu par la police. Il y a, dans cette disparition de plein droit, un rappel du mécanisme que nous étudions. L'objet du risque ayant disparu, le contrat ne peut se maintenir. On peut même se demander si les cas de résiliation prévus par l'article L. 113-16 du Code des assurances ne recouvrent pas aussi des hypothèses qui pourraient intégrer la caducité dans la mesure où la résiliation est autorisée en cas de survenance de certains événements car le contrat « a pour objet la garantie de risques en relation directe avec la situation antérieure et qui ne se retrouvent pas dans la situation nouvelle ». Ce texte ou ces textes spéciaux, visent des cas bien spécifiques. En revanche, l'article 1186 du Code civil vise une hypothèse plus générale : la disparition d'un élément essentiel. Il permet d'envisager, au-delà de l'hypothèse spéciale, une disparition du contrat au moment où, pour quelque raison que ce soit, la personne, la chose ou l'activité assurée, ne peut plus être exposée au risque, mais pas avant. Au-delà de la disparition de l'aléa dans des circonstances spécifiques, il faudrait démontrer que c'est l'exposition au risque elle-même qui est définitivement compromise(41). Ainsi, pour illustrer cette idée, il se peut que l'on se trouve dans une situation équivalente à celle évoquée par l'article L. 121-9 : le risque en tant qu'événement peut encore se produire, mais l'objet auquel il s'applique n'y est plus exposé. On peut encore envisager d'autres hypothèses dans lesquelles ce n'est plus l'objet du risque qui est en question mais l'événement lui-même : il n'est plus susceptible de se produire(42), ou à l'inverse, il ne peut manquer de se produire. Dans ce cas, la caducité, en tant que sanction, devrait jouer. Pratiquement, quels sont les contrats d'assurance qui seront véritablement susceptibles d'être confrontés au phénomène ? Il faudrait, en effet, un contrat qui couvre un risque et un objet de risque n'ouvrant pas sur une multiplicité de sinistres. Car si des sinistres sont encore susceptibles de se produire après la survenance de l'événement supposé destructeur d'aléa, on ne peut dire que l'on se trouve dans l'hypothèse de caducité. Plus la couverture sera étendue et plus elle éloignera la perspective d'une caducité. Autrement dit, le potentiel de la caducité diminue en proportion de l'intensité de la couverture accordée par le contrat d'assurance. En tout cas, la discussion ne manquera pas d'exister comme elle existe dès que l'on évoque la disparition de l'aléa. Cela nous conduit à une dernière réflexion en guide de conclusion.

Le législateur a pris en compte la possible disparition du risque en cours de contrat dans le Code des assurances. Il a choisi de la traiter sous l'angle de la résiliation de plein droit, voire de résiliation unilatérale. Si l'une des parties estime se trouver dans l'hypothèse de caducité, doit-elle invoquer l'article 1186 ou utiliser une des nombreuses hypothèses de résiliation prévues par le Code des assurances ?

Cela revient à se demander s'il vaut mieux suivre les routes balisées ou ouvrir de nouvelles voies.

⁽⁴⁰⁾ Mayaux L., « Les grandes questions du droit des assurances », 2011, LGDJ,

⁽⁴¹⁾ Mayaux L., op. cit., nos 42 et s.

⁽⁴²⁾ On se rapproche alors ces cas de résiliation prévus par l'article L. 113-16.

L'ordonnance et la réassurance

Essayer d'évaluer l'impact de l'ordonnance sur la réassurance, c'est un peu comme tenter d'estimer l'impact sur le cosmos du lancement d'un missile nord-coréen sur la planète Mars.

Par Jean Bigot

Professeur émérite de l'université Paris 1



'explorateur se déplace dans un vide sidéral (l'absence de réglementation spécifique à la réassurance) vers un monde qui n'est connu que des spécialistes et qui est fait d'usages professionnels et de formules mathématiques complexes⁽¹⁾.

Quant au vaisseau (l'ordonnance), il est fait d'interrogations et d'incertitudes. On ne peut s'y embarquer que si elle est applicable (l) mais dans l'affirmative, les difficultés apparaissent aussitôt (II).

I. Applicabilité de l'ordonnance

L'applicabilité de l'ordonnance dépend de plusieurs facteurs : la date de conclusion du contrat ; son régime juridique ; son caractère national ou international.

A. Date de conclusion du contrat

1. Solution de principe

Les contrats conclus avant le 1er octobre 2016 demeurent régis par la loi ancienne⁽²⁾. Lorsque le contrat de réassurance ne comporte pas de date de conclusion, ou lorsque les documents contractuels provenant des parties comportent des dates différentes, les unes antérieures, les autres postérieures au 1er octobre 2016, doit-on déterminer la date de conclusion du contrat en appliquant les règles fixées par l'ordonnance, ou en appliquant les règles anciennes ? Sous réserve de la jurisprudence à venir, on pourrait se référer à la règle nouvelle, qui a le mérite de la clarté, contrairement à la jurisprudence antérieure qui était aussi divisée que la doctrine. Le contrat serait alors réputé conclu lorsque l'acceptation parvient à l'offrant⁽³⁾. En pratique, le plus souvent, la proposition de réassurance émane du courtier de réassurance qui propose au réassureur de réassurer les risques de la cédante. *Mutatis mutandis* c'est cette « offre » qui est destinée à être acceptée par le réassureur, le contrat serait alors conclu au moment

où le courtier de réassurance, mandataire de la cédante, reçoit la notification de l'acceptation du réassureur.

2. La question des contrats à reconduction tacite

Sur ce point l'ordonnance a légalisé la jurisprudence antérieure. La reconduction tacite produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat⁽⁴⁾ et donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent⁽⁵⁾. L'ordonnance a-t-elle vocation à s'appliquer aux contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 mais renouvelés après cette date ? La question est discutée en doctrine, mais bon nombre de commentateurs de l'ordonnance, s'appuyant sur les termes de ses dispositions transitoires⁽⁶⁾, considèrent qu'en énonçant que les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne, l'ordonnance s'est attachée à la conclusion initiale du contrat. Il faudra attendre que la jurisprudence se prononce sur ce point.

3. La question de l'avenant

Certains commentateurs de l'ordonnance⁽⁷⁾ considèrent que lorsque le contrat conclu avant le 1^{er} octobre 2016 est modifié par avenant postérieur à cette date, l'avenant constitue en tant que tel un nouveau contrat, susceptible d'être régi par l'ordonnance. En revanche le contrat antérieur demeure régi par la loi ancienne pour ses parties non modifiées. Cette situation présente l'inconvénient de fragmenter le contrat en le soumettant à des lois différentes. Ce fractionnement pourrait être évité par une convention de novation⁽⁸⁾, soumettant l'ensemble du contrat à la loi nouvelle si cette convention est postérieure au 1^{er} octobre 2016.

B. Régime juridique

La réassurance constitue une opération d'assurance. Le contrat de réassurance n'est pas régi par les règles régissant l'assurance directe.

1. Opération d'assurance

Le Code des assurances définit la réassurance⁽⁹⁾. Les entreprises exerçant une activité de réassurance, et dont le siège social est situé en France, sont soumises au contrôle de l'État⁽¹⁰⁾. La réassurance constitue donc une opération d'assurance.

⁽¹⁾ V. Mlynarczyk E., *Technique et pratique de la réassurance*, 2014, éd. Argus.

⁽²⁾ Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, art. 9, al. 2. ; Gaudemet V, « Dits et non-dits », JCP G. 2016, n° 559 ; François C., « Application dans le temps de l'ordonnance », D. 2016, p. 506.

⁽³⁾ C. civ., art. 1121.

⁽⁴⁾ C. civ., art. 1215.

⁽⁵⁾ C. civ., art. 1214, al. 2.

⁽⁶⁾ Ord., préc., art. 9, al. 2.

⁽⁷⁾ Deshayes O., Genicon T. et Laithier Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2016, Lexis Nexis, sous art. 9, al. 2 de l'ordonnance.

⁽⁸⁾ C. civ., art. 1329.

⁽⁹⁾ C. assur., art. L. 310-1-1, I, al. 1.

⁽¹⁰⁾ C. assur., art. L. 310-1-1, II.

2. Inapplicabilité des règles régissant le contrat d'assurance directe

Les opérations de réassurance sont exclues des règles régissant l'assurance directe⁽¹¹⁾. Le contrat de réassurance, ne faisant l'objet d'aucune réglementation spécifique, relève du droit commun et a vocation à être régi par l'ordonnance(12).

C. Loi applicable

La réassurance est fréquemment internationale. Le réassureur réassure les risques de cédantes établies dans divers États. La loi applicable à ces contrats est déterminée par le Règlement européen dit Rome I⁽¹³⁾. Les règles particulières de ce Règlement, relatives à la loi applicable aux coûts d'assurance directe⁽¹⁴⁾, ne s'appliquent pas aux contrats de réassurance.

Le contrat de réassurance est régi par les « règles uniformes » visées au chapitre II du règlement. À raison de son caractère universel, la loi désignée par le règlement s'applique, même si cette loi n'est pas celle d'un État membre de l'Union européenne (15). Le règlement pose le principe de liberté du choix de la loi applicable au contrat⁽¹⁶⁾. Si le contrat de réassurance est international, ce qui est fréquemment le cas, les parties disposent du choix de la loi applicable. Si elles ont choisi de soumettre le contrat à la loi française, se pose alors la question de l'impact de l'ordonnance.

II. Impact de l'ordonnance

L'applicabilité de l'ordonnance conduit à s'interroger sur son impact sur les caractères du contrat de réassurance, sur ses conditions de validité, sur sa mise en œuvre, sur sa cessation.

A. Caractères du contrat

Le contrat de réassurance demeure-t-il un contrat aléatoire ? Est-ce un contrat de gré à gré ou un contrat d'adhésion ?

1. Contrat aléatoire ?

L'ordonnance a abrogé l'article 1964 ancien du Code civil qui citait le contrat d'assurance parmi les contrats aléatoires. Cette abrogation s'explique par le fait que l'ordonnance n'édicte que des règles générales de telle sorte que toute référence à des contrats spéciaux a été supprimée. Mais dans la mesure où les effets du contrat de réassurance dépendent de la survenance d'événements incertains(17), le contrat demeure aléatoire. De surcroît la réassurance est légalement définie comme l'activité qui consiste à accepter des risques d'assurance cédés par une entreprise d'assurance(18). Or le risque événement n'est assurable que s'il est aléatoire(19). On voit mal comment une opération consistant à réassurer des événements aléatoires pourrait ne pas être aléatoire, et comment le contrat support de cette opération pourrait ne pas l'être également. Il en résulte que comme par le passé, le contrat de réassurance ne couvrira pas les pertes de la cédante résultant d'événements antérieurs à la conclusion du contrat dont elle avait connaissance à cette date ; ou les pertes de la cédante résultant de son fait volontaire, par exemple si elle a réglé, pour des raisons d'ordre commercial, un sinistre non couvert par le contrat d'assurance directe, sauf si le contrat comporte la clause « follow the fortune ».

2. Contrat d'adhésion ou de gré à gré ?

Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales soustraites à la négociation sont déterminées à l'avance par l'une des parties(20). La mise en œuvre de ces critères peut se révéler malaisée lorsqu'il ne subsiste pas de traces matérielles des éventuelles négociations ayant précédé la conclusion du contrat, ou si celui-ci ne comporte pas de conditions générales. Trois conditions cumulatives sont requises pour que le contrat puisse être considéré comme un contrat d'adhésion. En premier lieu, il doit comporter des conditions générales. C'est dire a contrario que le contrat serait de gré à gré s'il n'en comporte pas. Mais que désigne ce terme ? Les conditions générales désignent les clauses générales relatives au fonctionnement du contrat qui ne sont pas liées à la situation personnelle du contractant, par opposition aux conditions particulières. Par définition elles sont soustraites à la négociation dès lors qu'elles sont destinées à être appliquées à tous les cocontractants. Leur caractère non négociable n'est donc pas un critère pertinent. Mieux aurait valu s'attacher à la négociabilité des clauses essentielles, concernant

Et que décider lorsque les conditions générales étaient en partie négociables ? Pour les commentateurs précités(21), ce n'est pas parce qu'une partie du contrat est négociable que la qualification du contrat d'adhésion serait exclue. Mais où situer la ligne rouge ?

pour la réassurance le taux des primes, le montant de la rétention,

le montant de la garantie, ses modalités d'application, la période de

En second lieu, les conditions générales doivent être déterminées à l'avance par l'une des parties, c'est-à-dire être conçues et/ou rédigées par elle.

En troisième lieu, les conditions générales doivent être soustraites à la négociation par celle des parties qui les a conçues et/ou rédigées. Si elles ont été soustraites à la négociation, c'est parce qu'elles n'étaient pas négociables. A contrario le contrat pourrait être qualifié de gré à gré si ses conditions générales étaient négociables mais n'ont pas été négociées. La qualification du contrat peut se révéler délicate alors que des enjeux importants s'y attachent(22).

B. Conditions de validité du contrat

Parmi les quatre conditions antérieures (capacité, consentement, objet, cause), l'ordonnance a conservé la capacité et le consentement, supprimé apparemment la cause et l'objet pour leur substituer le contenu du contrat. On dira un mot de celles qui concernent l'intégrité du consentement et le contenu du contrat.

- (11) C. assur., art. L. 111-1, al. 1.
- (12) C. civ., art. 1105, al. 1.
- (13) Règl. n° 593/208, 17 juin 2008.
- (14) Règl., art. 7-1.
- (15) Règl., art. 2.
- (16) Règl., art. 3-1.
- (17) C. civ., art. 1108, al. 2.
- (18) C. assur., art. L. 310-1-1, I.
- (19) Traité, t. III, 2º éd., nº 1542, par Mayaux L.

(20) C. civ., art. 1110.

garantie, etc.

- (21) Deshayes O. et a., op. cit.
- (22) V. infra, Interprétation et déséquilibre significatif.

1. Intégrité du consentement

Les innovations introduites par l'ordonnance concernent l'information précontractuelle et la violence économique.

a. L'information précontractuelle

Elle est capitale pour la réassurance car c'est elle qui permet au réassureur de connaître la consistance des risques qu'il est appelé à réassurer. Auparavant elle n'était organisée que par les clauses du contrat et non par le Code des assurances, dont les dispositions sont inapplicables au contrat de réassurance. Elle est désormais prévue par le Code civil⁽²³⁾ dont les dispositions sont applicables au contrat de réassurance, si certaines conditions sont réunies.

Connaissance de la circonstance – La cédante ne peut porter à la connaissance du réassureur une circonstance qu'elle ignore. La règle est la même pour l'assuré dans le cadre de l'assurance directe⁽²⁴⁾. Ce sera rarement le cas pour la cédante, professionnelle de l'assurance.

Ignorance légitime par le réassureur – Cette condition ne sera pas remplie si la circonstance non déclarée était notoire ou ne pouvait échapper au réassureur, compte tenu de son expérience professionnelle. La solution est identique pour l'assurance directe⁽²⁵⁾.

Caractère déterminant de l'information - Cette condition se retrouve pour l'assurance directe⁽²⁶⁾. L'information doit avoir une incidence sur l'appréciation du risque par le réassureur. Elle doit être déterminante de son consentement. S'il l'avait connue, il n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions techniques ou tarifaires différentes. L'information est déterminante si elle a un lien direct et nécessaire avec le « contenu du contrat ». Si le contenu du contrat désigne son objet, cet objet est de réassurer les risques pesant sur la cédante, à raison de ses engagements d'assurance directe. Pourrait avoir un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat toute information concernant les risques, notamment la sinistralité antérieure, les engagements en cours, l'existence d'autres contrats de réassurance couvrant les risques, l'étendue géographique des activités, la nature des risques couverts par la cédante, etc. Ces informations pourront varier en fonction de la nature du contrat de réassurance (réassurance proportionnelle ou non proportionnelle).

Exemption – L'information n'a pas à porter sur la valeur de la prestation. C'est la légalisation de la jurisprudence *Baldus* qui avait jugé que l'acheteur n'a pas à informer le vendeur de ce que le prix demandé par lui était dérisoire⁽²⁷⁾.

Sanction – L'article 1112-1, alinéa 5, du Code civil stipule que le manquement au devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants régissant les vices du consentement. Ceux-ci doivent être de telle nature que sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions « substantiellement » différentes⁽²⁸⁾. A contrario le contrat ne pourrait être annulé si le réassureur, dûment informé, aurait contracté à des conditions légèrement différentes.

Cette condition a été critiquée. « Il s'agit d'un ajout malvenu car il risque d'être très difficile pour le demandeur de démontrer cette différence substantielle qui est purement psychologique »(29). Cette appréciation doit s'opérer « in concreto »(30). Le juge doit rechercher quel aurait été le comportement du réassureur en cause, compte tenu notamment de ses pratiques habituelles, et non celui d'un réassureur raisonnable placé dans la même situation (analyse in abstracto). La sanction est plus radicale que pour l'assurance directe où l'on tient compte de la bonne foi de l'assuré, entraînant une réduction de l'indemnité alors que pour la réassurance ce sera le tout ou rien.

Ces dispositions impératives feraient-elles échec à la règle traditionnelle de la réassurance selon laquelle les erreurs et omissions sont réparables, même si elles sont découvertes après le sinistre, pour autant qu'elles soient rectifiées immédiatement après leur découverte ? Évitant l'annulation du contrat, sauf en cas de dol, elles pourraient correspondre à une confirmation⁽³¹⁾, dans l'éventualité où le contrat serait exposé au risque d'annulation.

b. La violence économique

Il y a violence, susceptible d'entraîner l'annulation du contrat, lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte, et en tire un avantage manifestement excessif⁽³²⁾. Le Code civil assimile désormais à la violence l'abus d'un état de dépendance, procurant un avantage manifestement excessif.

Cette disposition, qui inquiète les milieux professionnels, appelle certaines observations. Elle fait songer à d'autres dispositions du Code de commerce relatives à l'abus de dépendance économique qui sanctionnent l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique⁽³³⁾; le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu⁽³⁴⁾; de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties⁽³⁵⁾; ou d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix ou les services⁽³⁶⁾. Mais ces dispositions n'ont pas pour objet de protéger l'intégrité du consentement du cocontractant.

Dans l'éventualité où les règles fixées par le Code civil seraient applicables, il faudrait encore que leurs conditions d'application soient réunies.

La première condition (l'état de dépendance) ne se caractérise ni par la faiblesse à l'égard de l'autre partie, ni par l'état de nécessité, ni par les tailles ou puissances respectives des parties. Le critère

⁽²³⁾ C. civ., art. 1112-1.

⁽²⁴⁾ Traité, t. III, 2e éd., n° 1271 par Kullmann J.

⁽²⁵⁾ Traité, t. III, 2º éd., n° 1274 par Kullmann J.

⁽²⁶⁾ Traité, t. III, 2e éd., n° 1275, par Kullmann J.

⁽²⁷⁾ Cass. 1 $^{\rm ne}$ civ., 3 mai 2000, n $^{\rm o}$ 98-11381 : JCP G 2000, I 272, obs Loiseau G. JCP G 2001, II 10510, note Jamin C. CCC 2000.140, note Leveneur L. RTD civ. 10.510, obs Mestre J. et Fages L.

⁽²⁸⁾ C. civ., art. 1130, al. 1.

⁽²⁹⁾ Serinet Y.-M., « Observations sur le projet d'ordonnance », LPA 4 sept. 2015, p. 177.

⁽³⁰⁾ C. civ., art. 1130, al. 2.

⁽³¹⁾ C. civ., art. 1182.

⁽³²⁾ C. civ., art. 1143.

⁽³³⁾ C. com., art. L. 420-2.

⁽³⁴⁾ C. com., art. L. 442-6-I, 1°.

⁽³⁵⁾ C. com., art. L. 442-6-I, 2°.

⁽³⁶⁾ C. com., art. L. 442-6-I, 4°.

Dossier

déterminant de l'état de dépendance réside dans l'absence d'alternatives, c'est-à-dire l'impossibilité économique, financière ou juridique de trouver une solution de remplacement. Tel pourrait être le cas si la cédante était la filiale du réassureur, faisait partie du même groupe, était liée par une clause d'exclusivité ou par un contrat de financement. En dehors de ces hypothèses, cette condition sera rarement remplie compte tenu de la forte concurrence régnant sur le marché de la réassurance.

La seconde condition exige un abus de l'état de dépendance. Elle est fondamentale car en son absence, les cédantes en état de dépendance vis-à-vis du réassureur ne pourraient obtenir de sa part un accord de réassurance dans la crainte de voir le contrat annulé pour vice de violence. La notion d'abus n'est pas légalement définie. Elle ne se confond pas avec le seul fait de tirer un avantage manifestement excessif du contrat conclu avec un cocontractant en état de dépendance car il faut avoir abusé de l'état de dépendance pour avoir obtenu ce résultat, et le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat⁽³⁷⁾. Un exemple permet d'illustrer cette idée(38).

Parmi les diverses fonctions de la réassurance, celle-ci permet à la cédante de respecter les règles de solvabilité, étant prise en compte dans le calcul des marges de solvabilité s'imposant à elle. On peut imaginer qu'un réassureur, connaissant la situation délicate de la cédante au regard des marges de solvabilité, lui propose une réassurance propre à rétablir ces marges, reposant sur un contrat particulièrement avantageux pour lui. Peut-on voir un abus dans le fait de permettre à la cédante d'échapper aux foudres de l'Autorité de contrôle ? S'il en était ainsi, les réassureurs ne pourraient jamais réassurer ces entreprises d'assurance, mettant fin à leurs activités. En réalité, il faut utiliser des moyens de pression abusifs, caractérisant une violence propre à vicier le consentement(39). La jurisprudence y veille. Il n'y a pas violence de la part d'une banque au seul motif que la caution s'était engagée dans la crainte que le concours financier dont dépendait sa survie soit rompu, faute de preuve d'une pression exercée par la banque (40).

Il faut encore que la personne en état de dépendance ait souscrit un engagement qu'elle n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte. La doctrine propose d'assimiler l'absence d'engagement à la prise d'un engagement différent. « C'est le contenu du contrat qui aurait été différent »(41) car au sens de l'article 1143, l'engagement pourrait désigner l'obligation et non le contrat. Dans le cadre de la réassurance où la cédante doit nécessairement être réassurée, elle aurait pu choisir un autre type de réassurance, moins contraignant, ou obtenir des conditions techniques et/ou tarifaires moins désavantageuses.

Enfin le réassureur doit tirer « un avantage manifestement excessif » de l'engagement pris par la cédante. Cet avantage doit non seulement être excessif, mais être manifestement excessif. Pour le savoir, les experts ou les arbitres pourraient rechercher l'avantage normal que le réassureur était en droit de tirer d'une situation équivalente.

- (37) C. civ., art. 1168.
- (38) Technique et pratique de la réassurance, op. cit., p. 28.
- (39) Deshayes O. et a., op. cit., sous art. 1143. Barbier H., « La violence par abus de dépendance », JCP G 2016, 421.
- (40) Cass. com., 28 juin 2014, n° 13-10292 Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-14362.
- (41) O. Deshayes et a., op. cit.

Le cumul de ces conditions, relativement strictes, permettrait de prime abord de penser que la mise en œuvre de cette disposition dans le cadre de la réassurance pourrait s'avérer délicate. Mais il ne faut pas perdre de vue que bon nombre de sentences arbitrales sont rendues en équité, ce qui laisse aux arbitres un large pouvoir d'appréciation.

2. Contenu du contrat

a. Notion

La cause et l'objet ont disparu au profit du « contenu licite et certain »(42) dont on ne sait ce qu'il contient et qui est tout aussi incertain que la notion elle-même. C'est l'un des défauts majeurs de l'ordonnance susceptible d'entraîner une insécurité juridique qui, elle, serait certaine, et constituerait un facteur de non-attractivité du droit français des contrats et des obligations. Cela est d'autant plus absurde que l'on retrouve la cause du contrat dans son but⁽⁴³⁾ ; la cause de l'obligation dans la contrepartie⁽⁴⁴⁾; l'objet du contrat avec l'ordre public⁽⁴⁵⁾.

Cette innovation a été critiquée par la doctrine(46); le contenu du contrat renverrait à ce qu'il prévoit, c'est-à-dire à ses stipulations (47). Ce terme de contenu, dépourvu de signification juridique, ferait office d'une sorte de fourre-tout qui comprendrait les conditions nécessaires à la validité du contrat (contenu licite et certain) autres que le consentement et la capacité⁽⁴⁸⁾. Mais que l'on se rassure, le rapport au président de la République avoue que « le contenu du contrat inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause ». On serait donc en présence d'un toilettage purement formel dicté par un « acharnement politique du tout sauf la cause »(49).

L'exposé des motifs du projet de la loi le confirme également. « Les dispositions de cette dernière sous-section (relative au contenu) correspondent aux solutions actuellement admises au titre de l'objet et de la cause du contrat ». Le rapport au président de la République ajoute que « l'apport de la réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées ». Pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué ? Par idéologie malsaine! Comme le disait plaisamment un auteur « chassée par la porte, la cause reviendra immanquablement par la fenêtre »(50).

b. Contenu licite

Le Code civil énonce désormais que le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties (51). Cela implique que tout mobile illicite peut entraîner la nullité du contrat : ce n'est pas le but du contrat qui est visé mais le but de l'une des parties au contrat(52).

- (42) C. civ., art. 1128.
- (43) C. civ., art. 1162.
- (44) C. civ., art. 1169.
- (45) C. civ., art. 1162.
- (46) Ghestin J. et Labarthe F., « Observations générales », LPA 4 sept. 2015, p. 17.
- (47) Deshayes O. et a., préc., sous art. 1128.
- (48) Ghestin J. et Labarthe F., op. cit.
- (49) Deshayes O. et a., op cit., sous art. 1128.
- (50) Wicker G., « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? » D. 2015, p. 1557.
- (51) C. civ., art. 1162.
- (52) Deshayes O. et a., op. cit. sous art. 1162.

Le contrat de réassurance serait susceptible d'être annulé si la couverture qu'il procure à la cédante est contraire à des règles d'ordre public. Il serait également susceptible d'être annulé si la couverture octroyée par la cédante était elle-même annulée, pour violation des règles d'ordre public, car il n'aurait plus d'objet.

Pourraient être considérées comme des règles d'ordre public :

- les interdictions internationales de commercer avec un État sous embargo, édictées par des autorités internationales. Les contrats de réassurance ne pourraient être ni conclus ni exécutés :
- les règles internes d'ordre public. On sait que le contrat d'assurance directe est susceptible d'être annulé s'il couvre des opérations ou activités contraires à des règles d'ordre public, par exemple s'il couvre le risque d'annulation d'une exposition de cadavres (53). La réassurance couvrant ce risque serait susceptible d'être annulée.

c. Contenu certain

Cette expression ne désigne évidemment pas le règlement des prestations. Si l'obligation de garantie est certaine dans son principe, l'obligation de règlement est par nature incertaine car elle suppose l'existence de pertes de la cédante provoquées par l'exécution de ses engagements d'assurance directe. C'est, semble-t-il, l'article 1163 du Code civil figurant dans une section intitulée « contenu du contrat » qui permet de comprendre le sens de cette disposition. L'obligation a pour objet une prestation actuelle ou future. Cette prestation doit être possible. C'est dire que le réassureur doit pouvoir être amené à couvrir les pertes de la cédante liées à l'exécution de ses engagements d'assurance directe. La prestation doit être déterminée ou déterminable. Elle est déterminable dès lors qu'elle peut être déduite des clauses du contrat, ou qu'elle résulte des usages, particulièrement importants dans le cadre de la réassurance. La complexité du calcul des primes ou des indemnités dans le cadre de la réassurance⁽⁵⁴⁾ n'affecte pas la certitude du contenu, car ces prestations sont déterminables par les clauses du contrat et les usages(55).

C. Mise en œuvre du contrat

Le sujet est si vaste que nous avons été contraints de sélectionner les questions pour lesquelles l'ordonnance serait susceptible d'avoir un impact important sur le contrat de réassurance. Elles concernent l'interprétation du contrat, le déséquilibre significatif, la disparition de la cause, la révision, l'exception d'inexécution anticipée.

1. Interprétation

Même lorsqu'ils relèvent de la loi française, les contrats de réassurance comportent généralement des clauses très techniques, souvent rédigées en anglais, susceptibles d'avoir diverses significations, car non définies (event, loss, etc.). Pour ne prendre qu'un exemple, l'action terroriste ayant détruit les « twin towers » à New York constitue-t-elle un seul événement (la rétention de la cédante et la limite de garantie des réassureurs s'appliquant à l'ensemble des pertes), ou deux événements, les terroristes ayant utilisé deux avions n'ayant pas agi simultanément (auquel cas la rétention et la limite de garantie s'appliqueraient aux pertes relatives à chacune des tours) ? Les

casuistique, ne permettent guère de dégager une ligne directrice, même si elles s'attachent à l'unité de temps, d'espace et d'action. Pour la réassurance, parmi les règles d'interprétation retenues par l'ordonnance, la première (la recherche de l'intention commune des parties) peut se révéler problématique, et la seconde (l'interprétation in favorem) inopérante. a. Intention commune des parties

jurisprudences britanniques et nord-américaines procédant d'une

Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète dans le sens que lui donnerait une personne raisonnable, placée dans la même situation⁽⁵⁶⁾. Les commentateurs de l'ordonnance observent que cette formulation n'est pas adéquate : une personne ne peut être placée dans la même situation que deux parties qui s'opposent sur l'interprétation d'un terme ou d'une clause. La personne raisonnable doit-elle faire partie de la profession concernée ? On pourrait le penser dès lors qu'elle doit être placée dans la même situation. On pourrait alors se référer aux pratiques habituelles du marché et aux usages professionnels. Certains contrats s'en remettent à l'analyse d'une institution indépendante et reconnue.

b. Interprétation in favorem

Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprétera contre la cédante, créancière des prestations, et en faveur du réassureur débiteur des prestations ; alors que le contrat d'adhésion s'interprète contre celui qui a « proposé » le contrat⁽⁵⁷⁾, c'est-à-dire contre celui qui en a imposé les conditions générales, soustraites à la négociation. Certains auteurs (58) suggèrent de faire de l'interprétation des contrats d'adhésion une règle autonome, indépendante de l'article 1188, c'est-à-dire de ne pas tenir compte du doute pour ces contrats. Cette solution est contestable car le doute constitue un facteur commun aux contrats de gré à gré et aux contrats d'adhésion pour permettre leur interprétation. Mais pour la réassurance, cette méthode d'interprétation peut se trouver parfois paralysée. Selon un usage continental, c'est généralement la cédante qui rédige le contrat. Le contrat d'adhésion s'interprétera contre elle. Si le contrat n'a pas été rédigé par une seule des parties et si les clauses essentielles ont été soumises à négociation, le contrat de gré à gré s'interprétera également contre la cédante, créancière des prestations.

2. Déséquilibre significatif

Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite. Cette appréciation ne porte ni sur l'objet principal du contrat (la garantie des risques réassurés) ni sur l'adéquation du prix à la prestation(59) (la prime de réassurance). Cette disposition est impérative. On n'a jamais réussi à déterminer un critère pertinent du déséquilibre significatif. C'est d'ailleurs pour cette raison que le Code de la consommation énumère les clauses susceptibles d'être considérées comme abusives (60). Contrairement au Code de la consommation, l'article 1171 du Code civil n'énumère pas les clauses abusives dont le critère demeure incertain. On ne sait si, pour l'application de ces

⁽⁵³⁾ Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2014, n° 13-19729 : RGDA nov. 2015, n° 112t3, p. 16, note Kullmann J.; RCA 2015, p. 30. Bull. Lamy ass., janv. 2015, obs Bicheron N.

⁽⁵⁴⁾ V. Mlynarczyk E., Technique et pratique de la réassurance, 2014, éd. Argus,

⁽⁵⁵⁾ Dans le cadre de cette étude synthétique, on ne peut développer ces points.

⁽⁵⁶⁾ C. civ., art. 1188, al. 2.

⁽⁵⁷⁾ C. civ., art. 1190.

⁽⁵⁸⁾ Etienney de Sainte-Marie A., « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », RDC 2016, n° 113e5, p. 384.

⁽⁵⁹⁾ C. civ., art. 1171.

⁽⁶⁰⁾ C. consom., art. R. 212-1 et C. consom., art. R. 212-2.

dispositions, la jurisprudence s'inspirera des solutions dégagées en droit de la consommation. .(61).

Sont généralement considérées comme susceptibles de créer un déséquilibre significatif les clauses relatives aux pouvoirs respectifs des parties, car le juge doit comparer les droits et obligations respectifs des parties(62). On pourrait dès lors être amené à s'interroger sur la validité de la « down grading clause » qui permet à la cédante de mettre prématurément fin au contrat, avant son terme, dans les branches à déroulement lent (pollution, responsabilité civile) en cas de dégradation de la notation financière du réassureur.

3. Révision

Le dispositif prévu par l'ordonnance n'est pas impératif⁽⁶³⁾. À défaut de clause contractuelle écartant son application, peut-il avoir un impact sur la réassurance, compte tenu de la territorialité souvent mondiale des garanties et de la longue durée des contrats ? De nombreux événements peuvent se produire au cours du contrat (catastrophes naturelles ou technologiques, pollution, apparition de risques nouveaux, événements politiques, économiques, sociaux, changement de législation, etc.) rendant beaucoup plus onéreuse l'exécution du contrat pour l'une ou l'autre partie. Mais ils ne peuvent ouvrir la faculté de révision que s'ils étaient imprévisibles lors de la conclusion du contrat. Pour les professionnels de l'assurance et de la réassurance, peu d'événements sont susceptibles de remplir cette condition. La mise en jeu de ce dispositif dans le cadre de la réassurance ne peut cependant être totalement exclue, notamment en cas de modification de la législation - particulièrement fréquente en France – rendant plus onéreuse l'exécution du contrat. Certains contrats de réassurance comportent une clause permettant, d'un commun accord des parties, une révision du contrat en cas de changement de législation, modifiant de manière substantielle les droits et obligations des parties. Ce dispositif conventionnel est beaucoup plus souple que celui prévu par le Code civil et s'inscrit dans la règle selon laquelle le contrat peut être modifié d'un commun accord des parties(64).

4. Exception d'inexécution anticipée

Une partie peut suspendre, par anticipation, l'exécution de son obligation s'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance, et que les conséquences de cette inexécution seront graves pour elle(65). Ce dispositif ne pourrait pas être mis en œuvre en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'une ou l'autre des parties, compte tenu des dispositions du Code de commerce imposant le maintien des contrats en cours(66). Est interdite toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours, ou diminue les droits, ou aggrave les obligations du débiteur du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective à son encontre⁽⁶⁷⁾.

En dehors de ce cas particulier, la mise en œuvre de ce dispositif peut être grave de conséquences pour l'une ou l'autre partie. Mais comme elle n'est pas impérative(68), on ne saurait trop conseiller de l'écarter conventionnellement, encore que ses conditions soient relativement strictes. En premier lieu, les conséquences de l'inexécution doivent être manifestement graves pour le contractant qui s'en prévaut. Cette condition ne serait pas remplie si ces conséquences étaient vénielles. Un simple risque d'inexécution ne semble pas suffire : il doit être manifeste, c'est-à-dire certain, que le cocontractant ne s'exécute pas à l'échéance. La suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais à l'autre partie. À notre avis, il faut notifier avant de suspendre pour laisser au cocontractant la possibilité de s'exécuter, s'il en a les moyens, ou proposer des garanties suffisantes. Dans le cadre de la réassurance, on peut penser qu'une baisse de la notation financière par une agence de notation ne serait pas suffisante. En revanche certaines décisions de l'Autorité de contrôle seraient susceptibles de justifier la mise en œuvre de ce dispositif, notamment la limitation ou l'interdiction de certaines opérations(69); ou leur suspension⁽⁷⁰⁾ ; la nomination d'un administrateur temporaire⁽⁷¹⁾ ; la mise en garde⁽⁷²⁾ ; la mise en demeure⁽⁷³⁾ et surtout un programme de rétablissement(74).

La mise en œuvre de l'exception d'inexécution anticipée ne met pas fin au contrat. Si en réponse à la notification qu'il a reçue, le contractant fait savoir qu'il ne sera pas en mesure de reprendre l'exécution de ses obligations, son cocontractant pourra en prendre acte et prendre les décisions ouvertes par la loi en cas d'inexécution. Elle n'est pas dénuée de risques pour le contractant qui entend se prévaloir de l'inexécution anticipée. Si la suspension à laquelle il a procédé est intervenue dans une situation où les conditions précitées n'étaient pas remplies, il devra assumer les conséquences d'une inexécution fautive de ses obligations.

D. Cessation du contrat

Les contrats de réassurance sont conclus soit pour une durée ferme (généralement 12 mois), soit pour une durée annuelle reconductible.

1. Causes de cessation

Le contrat peut prendre fin de manière anticipée en cas de résiliation ou de caducité.

a. Résiliation

La résiliation peut être motivée par des événements particuliers (résiliation circonstanciée) ou à l'échéance annuelle (résiliation périodique).

Résiliation circonstanciée – Il est généralement prévu que l'une ou l'autre partie peut résilier le contrat en cas de cession de portefeuille, de retrait d'agrément, de guerre (civile ou étrangère), de révolution, de blocus frappant un territoire faisant partie de l'étendue territoriale de la réassurance. Cette clause n'est pas contraire à la disposition du

^{(61) .} V. Traité, t. III, 2e éd., nos 366 et s., par Bigot J.

⁽⁶²⁾ CJUE, 16 janv. 2014. n° C. 226/12.

⁽⁶³⁾ C. civ., art. 1195.

⁽⁶⁴⁾ C. civ., art. 1193.

⁽⁶⁵⁾ C. civ., art. 1220.

⁽⁶⁶⁾ C. com., art. L. 622-13.

⁽⁶⁷⁾ Cass. com., 2 mars 1993 : Dr et patr. 1994, p. 23. - Cass. com., 14 janv. 2014 : JCP E 2014, 1173, n° 7, obs Petel P.; D. 2014, p. 206, obs Lienhard A.

⁽⁶⁸⁾ En ce sens Deshayes O. et a., op. cit., sous art. 1220. Delebecque P., « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », Dr et patr. 2016, p. 66

⁽⁶⁹⁾ C. mon. fin., art. L. 612.33.

⁽⁷⁰⁾ C. mon. fin., art. L. 612-33-1.

⁽⁷¹⁾ C. mon. fin., art. L. 612-35.

⁽⁷²⁾ C. mon. fin., art. L. 612-30.

⁽⁷³⁾ C. mon. fin., art. L. 612-30.

⁽⁷⁴⁾ C. mon. fin., art. L. 612-32.

Code civil⁽⁷⁵⁾ énonçant que la résiliation peut résulter de l'application d'une clause résolutoire ; ni à celle⁽⁷⁶⁾ selon laquelle lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme.

Résiliation périodique - Si le contrat comporte une clause de tacite reconduction, chacune des parties peut le dénoncer pour son échéance annuelle, à condition de respecter le délai contractuel de préavis (généralement 3 mois). Cette technique est largement utilisée pour le renouvellement du contrat. Mais pour éviter que ses effets soient définitifs, elle est libellée pour ordre, à titre conservatoire, de manière à ne produire ses effets que si les parties ne trouvent pas d'accord pour le renouvellement du contrat. En pratique c'est le réassureur qui notifie la résiliation pour ordre. À réception de cette notification, la cédante résilie également pour ordre, les parties disposant du délai de préavis pour trouver un accord concernant le renouvellement du contrat. À défaut d'accord, le contrat est définitivement résilié à l'échéance annuelle(77). Ce procédé de résiliation pour ordre n'est pas sans danger⁽⁷⁸⁾. Certaines décisions de jurisprudence considèrent que la résiliation unilatérale produit ses effets par elle-même, indépendamment de l'attitude ultérieure des parties et neutralisent la condition assortissant la résiliation pour ordre, cet événement futur et incertain ne devant pas être lié à la volonté des parties. Même si cette analyse est contestable, car la loi⁽⁷⁹⁾ n'écarte que la condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur(80), elle introduit une insécurité juridique dans un processus indispensable pour le renouvellement du contrat de réassurance.

b. Caducité du contrat de réassurance

La caducité met fin au contrat valablement formé⁽⁸¹⁾, ce qui la distingue de la nullité. Le contrat devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît⁽⁸²⁾. Cette rédaction ne brille ni par sa clarté, ni par sa précision. Quel est cet élément essentiel ? La caducité n'est pas une véritable innovation. Elle existait selon la jurisprudence en présence d'une impossibilité survenue de l'objet; de la disparition de la cause; de la non-survenance d'une condition suspensive, ou de la survenance d'une condition résolutoire.

Une partie de la doctrine⁽⁸³⁾ considère que le domaine d'élection de la caducité serait la disparition de la cause subjective : le contrat ne pourrait perdurer parce que l'un ou l'autre des contractants n'aurait plus intérêt à son maintien. Si tel était le cas, on pourrait craindre que ce critère affecte la sécurité juridique.

Une autre analyse pourrait consister à s'inspirer des dispositions de l'article 1163, alinéa 2, du Code civil : la prestation doit être possible. La prestation du réassureur consiste à couvrir les pertes éventuelles

(75) C. civ., art. 1221.

(76) C. civ., art. 1212.

(77) Lamy ass., éd. 2018, n° 5383-3.

(78) V. Traité, t. III, 2e éd., n° 1071 pour le contrat d'assurance.

(79) C. civ., art. 1304. V Latina M, Essai sur la condition en droit des contrats, 2009, LGDJ.

(80) C. civ., art. 1304-2.

(81) C. civ., art. 1187. Buffelan Lanore V., Essai sur la notion de caducité des actes juridiques, 1963, LGDJ; Garron F., La caducité du contrat, 1999, PUAM; Pelletier C. La caducité des actes juridiques, 2004, L'Harmattan; Wester-Ouisse V., JCP G 2001, I. 290; Chaaban R., La caducité des actes juridiques, 2006, LGDJ.

(82) C. civ., art. 1186, al. 1.

(83) Deshayes O. et a., op. cit., sous art. 1186; Wicker G., op. cit.

de la cédante résultant de l'exécution des contrats d'assurance directe qu'elle a émis et qui entrent dans le périmètre de la réassurance. À partir du moment où la cédante, pour une raison ou une autre, cesserait de couvrir les risques réassurés (retrait d'agrément, transfert d'office ou conventionnel du portefeuille), l'exécution des prestations de réassurance deviendrait impossible et le contrat de réassurance deviendrait caduc. La solution est identique en assurance directe⁽⁸⁴⁾. Si au cours du contrat, le risque vient à disparaître totalement et définitivement, l'obligation de couverture n'a plus d'objet. L'assurance ne peut continuer d'exister. Le Code des assurances en cite un exemple en cas de perte totale et définitive du bien assuré, au cours du contrat, pour une cause non couverte par la garantie d'assurance (85), mais l'entrée en vigueur de l'ordonnance ne limitera plus la caducité à ce cas de figure. Bien entendu la caducité de l'un des contrats d'assurance directe faisant partie du portefeuille réassuré n'entraînera pas la caducité de la réassurance, qui cessera seulement de s'appliquer à ce contrat.

Légalisant la jurisprudence, le Code civil prévoit désormais qu'en présence de contrats interdépendants, deviennent caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par la disparition de l'un d'eux, et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie⁽⁸⁶⁾.

Ce dispositif serait-il applicable à la réassurance ? Il est difficile de se prononcer sur ce point, compte tenu du flou entourant la notion d'interdépendance. Il y a interdépendance lorsque l'exécution des deux contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération. Hormis le cas où la conclusion du contrat d'assurance directe serait contractuellement subordonnée à la conclusion simultanée du contrat de réassurance, la conclusion de l'un n'est pas subordonnée à la conclusion de l'autre, et l'exécution du contrat d'assurance n'est pas rendue impossible par la disparition du contrat de réassurance. En revanche, la disparition du contrat d'assurance pourrait rendre impossible l'exécution du contrat de réassurance le couvrant. Il y a également interdépendance lorsque l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement de l'une des parties. Mais l'exécution du contrat de réassurance disparu n'est ni déterminante du consentement de l'assuré, qui ne dispose en principe d'aucune action contractuelle contre le réassureur(87); ni déterminante du consentement de la cédante qui ne peut se refuser à exécuter le contrat d'assurance directe au motif que le contrat de réassurance serait devenu caduc, car dans tous les cas où l'assureur se réassure contre les risques qu'il a assurés, il reste seul responsable vis-à-vis de l'assuré(88). Il n'est donc pas certain que ces contrats soient susceptibles d'être considérés comme interdépendants.

2. Date d'effet de la cessation

Pour les risques à déroulement lent (responsabilité civile, pollution), le réassureur peut être amené à participer au règlement des sinistres très longtemps après leur survenance. Afin d'alléger le coût de gestion de ces sinistres, le réassureur peut unilatéralement mettre fin à ses engagements, à l'expiration d'une période déterminée commençant

(84) Traité, t. III, 2º éd., n° 1038.

(85) C. assur., art. L. 121-9.

(86) C. civ., art. 1186.

(87) Cass. 1re civ., 27 oct. 1982 : RGAT 1983, p. 355.

(88) C. assur., art. L. 111-3.

Dossier

à courir à partir de la cessation du contrat. C'est la technique dite du « cut off ». À l'inverse, il peut accepter de continuer de participer au règlement de ces sinistres jusqu'à leur règlement final, quelle que soit la durée séparant la cessation du contrat de ce règlement. C'est la technique dite du « run off ».

Dès lors que la résiliation peut prendre effet dans les conditions stipulées par le contrat⁽⁸⁹⁾, il n'apparaît pas que l'application de l'ordonnance puisse affecter la validité de ces clauses. En revanche, la question se pose pour la caducité. La règle selon laquelle la caducité met fin au contrat⁽⁹⁰⁾ est certes impérative, mais la loi ne précise pas à quelle date elle produit ses effets. Le rapport au président de la République souligne que « compte tenu de la variété des situations auxquelles s'applique la caducité, ses effets peuvent varier en pratique selon la date à laquelle l'élément essentiel disparaît et selon le type de contrat ». Il est permis de penser que cette disposition ne ferait pas échec à l'application des clauses précitées, en cas de caducité du contrat.

Conclusion

Le sentiment général qui ressort de cette brève étude est le doute. « En cas de doute, abstiens-toi » aurait dit Zoroastre. C'est peut-être ce que nous aurions dû faire mais chacun le sait, la curiosité est un vilain défaut.

⁽⁸⁹⁾ C. civ., art. 1229, al. 1.

⁽⁹⁰⁾ C. civ., art. 1187.

La réforme du droit des obligations : le point de vue du courtier d'assurances

Cette réforme, majeure et attendue, de notre droit a pour les courtiers une incidence profonde à différents niveaux : incidence sur leur devoir de conseil bien sûr, mais aussi structuration du droit de la représentation et création d'un régime de prévention des conflits d'intérêts en matière contractuelle.

Par Christophe Pardessus

Membre du comité exécutif, Marsh France, président de la Commission Juridique et Fiscale. CSCA



« Il était temps » ont dit certains quand la réforme a été adoptée. C'est vrai que notre droit des obligations avait beaucoup évolué depuis 1804, s'était éparpillé entre différents codes et textes, sans pour autant changer en apparence, le Code civil restant très proche de sa rédaction d'origine. La pire des choses serait de penser, comme nous y invite pourtant le rapport au Président de la République qui accompagne l'ordonnance, que la réforme de 2016 est bien une réforme à droit constant : s'il est incontestable que cette réforme a transcrit dans la loi bon nombre de solutions ou évolutions dégagées par la jurisprudence, il n'en reste pas moins que sur certains points, non négligeables, la réforme apporte des nouveautés nous éloignant sensiblement de l'idée de « réforme à droit constant » : ainsi, de la théorie de l'imprévision, de l'autonomie de la volonté individuelle dans l'exécution du contrat, de l'extension des pouvoirs du juge, etc. Cette réforme intéresse de près les courtiers à un double titre : par son incidence sur les risques assurables et leur couverture d'une part, mais aussi sur le courtage lui-même.

Dans son rôle de conseil autour des risques encourus par ses clients, notamment des entreprises, et la façon de s'en prémunir, le courtier doit donc bien appréhender les subtilités de cette réforme et ses incidences sur les risques juridiques des clients pour adapter en conséquence les garanties proposées et celles déjà en place : le nouveau dispositif modifie clairement les règles du jeu dans la phase précontractuelle, encourage la réparation en nature, touche l'équilibre contractuel (généralisation du régime des clauses abusives, imprévision, mise en œuvre facilitée de la notion d'abus de dépendance économique, pouvoir de la volonté individuelle, pouvoir du juge). Ces modifications doivent être prises en compte dans l'analyse des risques juridiques de l'entreprise et dans la rédaction puis la mise en œuvre des polices d'assurances de responsabilité civile (ainsi par exemple de la réparation en nature et de l'exclusion usuelle du

coût du produit lui-même dans les polices de RC après-livraison). Les entreprises, même de dimension importante et disposant en leur sein de juristes aguerris, attendent du conseil sur ces points et comptent sur la capacité de leur courtier à intégrer ces évolutions dans les couvertures d'assurances qu'il met en place pour leur compte et fait appliquer le moment venu.

Un autre point sensible est la création (C. civ., art. 1112-1, nouveau) d'une obligation générale d'information (sanctionnée de la nullité du contrat en cas de manquement) et son articulation avec l'article L. 113-8 du Code des assurances, qui commence par ces quelques mots en apparence anodins « Indépendamment des causes ordinaires de nullité... » ; attendons de voir comment la jurisprudence et notamment la Cour de cassation vont se prononcer. Le côté positif de cette nouveauté pour le courtier est que prendre cette nouvelle obligation générale d'information en compte est une belle occasion pour lui de montrer toute sa valeur ajoutée et sa parfaite connaissance des réalités auxquelles sa cliente est confrontée.

Focalisons-nous maintenant sur les incidences de cette réforme pour le courtage d'assurances dans son ensemble : le régime de la représentation. Cela fait l'objet désormais d'un nouveau paragraphe (C. civ., art. 1153 à 1161) dans le chapitre II (« La formation du contrat ») du sous-titre I (« Le contrat ») du titre III (« Des sources d'obligations »). On y retrouve des règles déjà connues (représentation parfaite ou imparfaite).

Ce nouveau paragraphe a le mérite de structurer les diverses formes de la représentation (contractuelle, judiciaire, légale), jusque-là éparpillées entre différents corps de textes au gré de leur champ d'application : droit de la famille (tutelle etc), droit des sociétés, mandat etc. La théorie, bien connue, du mandat apparent, créée par la jurisprudence en 1962, se trouve désormais reprise à l'article 1156 du Code civil. Au plan du droit pur, félicitons-nous qu'il encadre les dérives éventuelles de la représentation puisque les grandes catégories de « pathologies » autour de la représentation sont désormais identifiées et traitées : l'absence de pouvoir, l'abus de pouvoir et le détournement de pouvoir sont juridiquement sanctionnés à travers la règle du mandat apparent (C. civ., art. 1156, al. 1) ou la nullité de l'acte que seul le tiers de bonne foi peut invoquer (nullité relative, visée à l'article 1156, al. 2). Le représenté a toutefois la possibilité de reprendre à son compte les actes accomplis par son représentant, vrai ou apparent, en dehors de ses pouvoirs en les ratifiant (C. civ., art. 1156, al. 3). Au plan général, ce nouveau paragraphe du Code civil permet donc d'une part de donner à la représentation plus de lisibilité, d'homogénéité et de clarté et d'autre part de mettre le Code civil au diapason des initiatives européennes (voir en ce sens : le rapport au Président de la République) en ce domaine.

Intéressons-nous maintenant de plus près à deux points précis, essentiels pour le courtage : quid du droit du mandat (art. 1984 et

suivants, bien connus)? Comment comprendre le nouvel article 1161?

Le droit du mandat tout d'abord : le nouveau paragraphe du Code s'inspire fortement du droit du mandat (art. 1984 et suivants) qui demeure en vigueur. La question de savoir si le courtier est ou non le mandataire, au sens strict, de son client n'est pas réglé. En effet, rien dans le nouveau paragraphe ne permet de prendre position sur ce point : certains se réjouiront sans doute de ce que cette controverse perdure ! La qualification du courtier comme « représentant » de son client, au sens que l'article 1153 donne à ce terme (« Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés ») semble tout aussi sujette à débat que celle de « mandataire », tant l'article 1153 apparaît proche de la rédaction de l'article 1984 du Code civil, alinéa 1 (« Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom »). En pratique, il faut que le courtage en général aille vers une formalisation plus systématique de ses relations contractuelles avec sa clientèle. En effet, trop souvent encore, même avec la clientèle d'entreprise, demeure la pratique du « mandat » purement oral ; quand il est écrit, le mandat est bien souvent très réduit se bornant à indiquer sommairement pour quels risques le courtier reçoit mission d'étudier et placer les couvertures auprès du marché ou de certains assureurs: rien quant aux obligations du client, aux engagements de délai et de « livrables » du courtier, à la rémunération, etc. Les organisations professionnelles poussent bien leurs membres à aller vers des contrats bien plus formalisés (cf. par exemple, Charte CSCA/AMRAE/FFSA de 2011) mais la pratique a encore du mal à suivre. Plus le client est de taille modeste, moins est répandue la pratique du mandat écrit détaillé. Pourtant, avoir un contrat écrit de service et de courtage est la meilleure protection du client et de son courtier autour d'une exécution de la mission conforme aux attentes. L'essentiel de notre métier réside naturellement dans le conseil et la valeur ajoutée apportés au client mais avoir un cadre contractuel clair permettrait au client de savoir sur quels points il peut attendre de son courtier conseil et valeur ajoutée et au courtier de savoir comment remplir sa mission et satisfaire son client de manière efficace et opérationnelle.

S'agissant de l'article 1161 nouveau, l'enjeu n'est pas mince du tout : la profession de courtage est-elle compatible avec ce nouveau texte ? La lecture de ce texte (« (al. 1) Un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté. (al. 2) En ces cas, l'acte accompli

est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié ») conduit à s'interroger : le courtier représente son client sans aucun doute et se trouve souvent être parallèlement titulaire d'un ou plusieurs mandats au sens précis du terme confié(s) par un ou plusieurs assureurs. La jurisprudence, à de nombreuses reprises, et le législateur de plus en plus (par exemple, dans le Code des assurances : art. L. 354-3 [délégations dans le cadre du régime dit Solvabilité 2], art. L. 512-7 [mandat d'encaissement de primes], art. L. 520-1 [consultation du marché en vue d'une souscription de garantie]) reconnaissent la validité, voire la nécessité, de tels mandats auxquels la pratique recourt d'ailleurs depuis longtemps sans que cela ait suscité de réelles difficultés concrètes.

La prévention des conflits d'intérêts contractuels que l'article 1161 organise semble ainsi s'opposer directement au métier de courtier. Toutefois, un travail (non publié) mené avec le professeur Marc Bruschi permet d'affirmer qu'il n'en est rien. En effet, les cas rapportés ci-dessus et tirés des textes permettent au courtage de se prévaloir au cas par cas de l'alinéa 2 de l'article 1161, notamment l'autorisation de la loi. Mais comme le souligne Monsieur Bruschi, la solution de fond passe par la déclaration et la transparence :

- soit la loi donne une autorisation générale, au-delà des autorisations ponctuelles découlant nécessairement des textes légaux ponctuels rappelés plus haut ; cette autorisation générale de la loi n'existe pas à ce jour mais rien ne s'oppose à ce qu'elle soit insérée dans un prochain texte relatif au courtage d'assurance.
- soit, de façon plus pragmatique, le courtier insère dans ses contrats de prestation de service et de courtage signés avec ses clients, une clause par laquelle il informe son client du fait qu'il a ou peut avoir un ou des mandat(s) confié(s) par un assureur.

Ainsi, dans l'un et l'autre cas, le courtier bénéficiera de la validation accordée par l'article 1161, alinéa 2, et pourra donc exercer son activité en toute légalité et sérénité.

Cette réforme était nécessaire et attendue ; en soi elle est donc une bonne nouvelle. Elle doit conduire les courtiers à apporter du conseil supplémentaire à leurs clients et à travailler sur les polices qu'ils placent et gèrent pour eux. Elle doit aussi les inciter encore davantage à formaliser leurs relations de clientèle par la signature d'un contrat de service et de courtage suffisamment détaillé et éclairant. Ce mouvement s'inscrit aussi dans la tendance générale des textes européens (Solvabilité 2, Directive sur la distribution d'assurance) vers la professionnalisation du service rendu et la formalisation des relations contractuelles, pour le plus grand bénéfice in fine des parties (client, assureur, courtier).