

Sommaire

SOMMAIRE DE LA REVUE DE NOVEMBRE 2017

lextenso

REVUE GÉNÉRALE DU DROIT DES ASSURANCES

Réforme du droit des obligations et assurance

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 – plus que de sièges disponibles –, et elle justifie la publication de leurs travaux dans les colonnes de la RGDA. Ceux-ci sont suffisamment approfondis pour qu'il soit impossible de les faire tous paraître dans un seul numéro de la *Revue*. Ce mois-ci, le lecteur en trouvera quatre, et les suivants seront disponibles en décembre et janvier prochains. L'AIDA, à laquelle la RGDA s'associe, tient à vivement remercier tant les orateurs que les entreprises (AG2R La Mondiale ; BNP Paribas Cardif ; CCR ; Crédit Agricole Assurances ; FFA ; Generali ; HMN & Partners ; Humanis ; Liberty Mutual ; Siaci Saint Honoré) qui ont apporté leur soutien à la tenue de ce colloque. Sans les uns et les autres, les travaux scientifiques ne pourraient que s'évanouir. Il est donc plus que naturel de les placer au-devant de la scène.

P. 583 Introduction générale :
application dans le temps
et caractère impératif ou
supplétif des dispositions

issues de la réforme du
droit des contrats
par Laurent Leveneur

P. 591 Formation du contrat
par Anne Pélissier

P. 595 La pluralité d'intéressés
par Luc Mayaux

P. 601 Interrogations interpellatives
par Romain Schulz

Réforme du droit des obligations et assurance

SOUS LA DIRECTION DE JÉRÔME KULLMANN

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

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 – plus que de sièges disponibles –, et elle justifie la publication de leurs travaux dans les colonnes de la RGDA. Ceux-ci sont suffisamment approfondis pour qu'il soit impossible de les faire tous paraître dans un seul numéro de la *Revue*. Ce mois-ci, le lecteur en trouvera quatre, et les suivants seront disponibles en décembre et janvier prochains.

L'AIDA, à laquelle la RGDA s'associe, tient à vivement remercier tant les orateurs que les entreprises (AG2R La Mondiale ; BNP Paribas Cardif ; CCR ; Crédit Agricole Assurances ; FFA ; Generali ; HMN & Partners ; Humanis ; Liberty Mutual ; Siaci Saint Honoré) qui ont apporté leur soutien à la tenue de ce colloque. Sans les uns et les autres, les travaux scientifiques ne pourraient que s'évanouir. Il est donc plus que naturel de les placer au-devant de la scène.

 114z6

Introduction générale : application dans le temps et caractère impératif ou supplétif des dispositions issues de la réforme du droit des contrats

La réforme du droit des contrats, qui emporte un certain nombre de changements non seulement de présentation mais aussi de fond, est applicable aux contrats d'assurance conclus depuis le 1^{er} octobre 2016, ainsi qu'à tous les contrats renouvelés depuis cette date. La plupart des nouvelles dispositions sont supplétives, si bien qu'elles laissent une place importante à la liberté contractuelle. Cependant, certains nouveaux articles du Code civil sont impératifs et il faut en outre tenir compte de l'extension du contrôle des clauses abusives à tous les contrats d'adhésion, ce qui peut concerner tout particulièrement les contrats d'assurance souscrits par des assurés pour les besoins de leur profession.

Par Laurent Leveneur

Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

 115b3

1. Trois titres du Livre III du Code civil complètement remplacés, avec 353 nouveaux articles, procédant à un changement complet de numérotation : l'ordonnance n° 2016-131, du 10 février 2016, a réalisé une réforme de grande ampleur quantitative. Cependant cette réforme ne procède pas à un profond bouleversement de fond de la matière : tel n'était d'ailleurs pas son objectif.

Comme l'indiquait l'article 8 de la loi n° 2015-177, du 16 février 2015, habilitant le gouvernement à légiférer par ordonnance en matière de droit commun des contrats, de régime général des obligations et de droit de la preuve, cette habilitation lui était donnée « pour modifier la structure et le contenu du Livre III du Code civil, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du

droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme »⁽¹⁾. Si on a volontiers parlé également à l'occasion de cette réforme d'une recherche d'une plus grande attractivité du droit français ainsi que d'une certaine efficacité économique, l'ordonnance vise surtout à rendre le droit plus accessible, sans le changer au fond, et ainsi à donner plus de sécurité juridique grâce à des règles de droit écrit modernisées et plus complètes, intégrant des acquis de la jurisprudence : bref, que la lecture du Code civil corresponde au contenu réel du droit des contrats et des obligations tel qu'il était devenu plus de 200 ans après la rédaction du Code en 1804.

Ainsi à maints égards les nouvelles dispositions réalisent une simple recodification civile ; et de nombreux nouveaux articles ne procèdent qu'à des modifications purement rédactionnelles par rapport aux anciens. De telle sorte que, pour l'essentiel, le droit positif est inchangé au fond : le contrat est toujours un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes dont le consentement doit être exempt de l'un des trois vices bien connus, qui sont toujours l'erreur, le dol et la violence ; il se conclut toujours en principe librement et sans avoir à en passer par des formes particulières ; il a toujours force de loi entre les parties, et son effet est relatif en ce qu'il ne peut rendre les tiers ni créanciers, ni débiteurs d'obligations ; son inexécution oblige le débiteur à une réparation limitée au seul dommage prévisible, ou même au-delà en cas de dol ou de faute lourde ; sa preuve suppose toujours, en principe, au-delà d'un certain montant fixé par décret, un écrit authentique ou sous signature privée. Les obligations peuvent également naître de quasi-contrats, tels que la gestion d'affaires, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié (sans cause), ainsi que de la responsabilité extracontractuelle (pour le moment inchangée). Le régime général des obligations comporte toujours des institutions telles que la solidarité, la novation, la délégation, les actions oblique et paulienne, la subrogation, la compensation, etc.

2. Alors n'est-ce qu'une réforme à la mode du prince Salina dans *Le guépard*, célèbre roman de Giuseppe Tomasi di Lampedusa : « Il faut que tout change, pour que rien ne change » ? Certainement pas car il y a tout de même bel et bien des nouveautés, et plus on examine les textes plus on en trouve !

(1) Cet objectif général était suivi d'une série de 13 vastes points susceptibles de donner lieu à des simplifications, modernisations, clarifications, regroupements, aménagements, précisions de règles ou de dispositions, ou encore des affirmations de principes : L. n° 2015-177, 16 févr. 2015, art. 8.

NDA : Ce texte est celui d'une communication présentée lors du colloque du 21 juin 2017. Il conserve la trace de la forme orale sous laquelle il a été conçu.

Déjà la renumérotation même des articles, sur le fond inchangés, ceux de la responsabilité extracontractuelle essentiellement, n'est pas nécessairement sans incidence : pour les entreprises d'assurance elle peut avoir pour conséquence de devoir refaire les polices qui se réfèrent le cas échéant à des numéros d'anciens articles du Code civil.

Ensuite il convient de faire très attention à la rédaction des nouveaux articles. Car même des modifications voulues comme purement rédactionnelles, dans un esprit de modernisation du langage peuvent, le cas échéant, avoir des conséquences qui n'avaient pas été recherchées. Il en va de même *a fortiori* pour des simplifications qui ont été voulues, mais peut-être pas dans toutes leurs conséquences (par exemple au sujet du régime des copies : il n'est plus question que des copies fiables ; mais qu'en est-il des autres ?).

Quant à l'intégration de solutions jurisprudentielles, elle présente bien entendu l'intérêt de l'accessibilité et la sécurité que donne la règle écrite, mais elle peut avoir aussi pour conséquence de figer des solutions dans un contour très précis, avec des conditions éventuellement un peu différentes de celles dont les praticiens s'étaient accommodés : les milieux d'affaires viennent de s'en apercevoir avec l'intégration dans le code de règles générales sur la cession de contrat, subordonnées à un accord du cédé (C. civ., art. 1216) ; or la cession de contrat était bien connue en pratique, mais un accord exprès du cédé était loin d'être systématiquement obtenu ; tout change lorsque dans la préparation d'une cession de contrat, par exemple à l'occasion d'une cession d'entreprise, il faut se préoccuper d'obtenir l'accord du cédé qui peut-être le soumettra à une renégociation de son contrat !

Et puis il y a toutes les nouveautés qui ont bel et bien été recherchées. En se limitant à celles qui peuvent avoir un impact sur le monde de l'assurance, on peut signaler en particulier, sans être exhaustif :

- le rôle accru accordé à la bonne foi, non plus seulement dans l'exécution mais aussi dans la négociation et la formation du contrat ;
- la modification des textes sur les contrats aléatoires ;
- la détermination du lieu et du moment de formation d'un contrat entre absents (C. civ., art. 1121) ;
- les nouvelles dispositions sur la stipulation pour autrui en particulier celles qui portent sur l'acceptation par le bénéficiaire, ou par ses héritiers s'il est décédé avant d'avoir accepté (C. civ., art. 1208) ;
- des précisions sur la capacité des personnes morales (C. civ., art. 1145), qui ne manquent pas d'attirer l'attention de tous ceux qui s'intéressent aux sociétés ;
- l'introduction de toute une théorie de la représentation, avec des dispositions sur la question très à la mode du conflit d'intérêts (C. civ., art. 1161) ;
- le contrôle de l'équilibre des clauses dans un contrat d'adhésion (C. civ., art. 1171) ;
- la révision du contrat pour imprévision (C. civ., art. 1195) ;
- les importantes modifications du régime de la cession de créance ;
- l'organisation de la cession dette ;
- le renversement de la règle de droit commun sur le lieu de paiement d'une somme d'argent ;
- les nouvelles règles sur la force probante des copies fiables (C. civ., art. 1379), etc.

3. Aussi bien puisque la réforme emporte de véritables modifications de fond, et pas seulement des changements de numérotation, il est important d'abord d'en déterminer le champ d'application dans le temps (I), et ensuite d'examiner dans quelle mesure ces changements s'imposent ou non aux contractants : ce sera la question de la marge de la liberté contractuelle que ménage la réforme (II).

I. Application de la réforme dans le temps

4. Par l'alinéa 1^{er}, de son article 9, l'ordonnance a fixé au 1^{er} octobre 2016 la date d'entrée en vigueur de ses dispositions. Elle a utilisé là une possibilité dont dispose toujours le législateur ou l'auteur d'un acte administratif, et ce n'est d'ailleurs qu'à défaut d'une telle fixation expresse que le Code civil pose la règle subsidiaire d'entrée en vigueur le lendemain de la publication (C. civ., art. 1). Ce différé de sept mois et demi visait à permettre aux praticiens de prendre connaissance de ce volumineux texte avant qu'il ne s'applique.

5. Dans la Constitution du 4 octobre 1958, les ordonnances que le Gouvernement est habilité à prendre doivent faire l'objet d'une ratification par le Parlement. Cette ratification n'est certes pas nécessaire pour l'entrée en vigueur même des ordonnances, mais du moins la Constitution précise-t-elle qu'elles « deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation » (art. 38). En l'occurrence le projet de loi en question devait donc être déposé au plus tard le 11 août 2016, sans quoi l'ordonnance serait devenue caduque. Ce projet de loi a été déposé à l'Assemblée nationale le 6 juillet 2016, ce qui a donc permis à l'ordonnance d'entrer en vigueur le 1^{er} octobre 2016, et cela même si le projet de loi n'avait pas encore été discuté ni voté au Parlement. Cependant, tant qu'elle n'aura pas été ratifiée, l'ordonnance entrée en vigueur n'aura qu'une valeur réglementaire, ce qui signifie que sa légalité pourrait le cas échéant être contestée en justice, comme tout acte réglementaire. Ce n'est qu'après sa ratification que ses dispositions prendront toute leur valeur législative. La ratification paraît maintenant se profiler, car le nouveau gouvernement a déposé un nouveau projet de loi en ce sens, cette fois au Sénat, le 9 juin 2017 (Proj. de loi n° 578). Il faut toutefois noter que le Parlement retrouve lors de l'examen d'un projet de loi de ratification d'une ordonnance toute sa compétence législative, lui permettant d'apporter aux dispositions édictées par l'ordonnance toutes les corrections ou modifications qu'il souhaite. S'il le fait à l'occasion de ce texte, les modifications apportées après l'entrée en vigueur de l'ordonnance auront pour conséquence que trois corps de règles se succéderont dans le temps d'une façon rapprochée : les règles du Code civil en vigueur jusqu'au 30 septembre 2016, puis celles adoptées par l'ordonnance, et enfin d'éventuelles dispositions différentes issues de la loi de ratification. C'est d'ailleurs cette perspective qui avait nourri l'un des griefs articulés dans la saisine sénatoriale contre la loi d'habilitation à légiférer en ce domaine par ordonnance, le grief de méconnaissance de la sécurité juridique compte tenu des modifications susceptibles d'être apportées de manière très rapprochée. Le Conseil constitutionnel avait rejeté ce grief en considérant que « lorsqu'il modifie, notamment à l'occasion de sa ratification, les dispositions d'une ordonnance entrées en vigueur, le législateur est tenu au respect » du principe qui lui interdit de « porter aux contrats

légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant »⁽²⁾ : bref avec un règlement du conflit de dispositions dans le temps qui ménage les contrats précédemment conclus, tout ira bien (en théorie du moins...).

6. Pour le moment la loi de ratification n'est pas encore votée ; il s'agit donc seulement d'examiner ici la question de l'application dans le temps des dispositions du Code civil issues de l'ordonnance qui sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2016. C'est une question classique à l'occasion d'une réforme, celle qu'on appelle volontiers le conflit de lois dans le temps. En réalité, le plus souvent, une réforme ne fait pas que modifier des dispositions législatives antérieures, elle en ajoute aussi de toutes nouvelles qui n'avaient pas d'équivalent précédemment et c'est ce qui s'est passé ici. Aussi bien est-il plus exact de parler de détermination du champ d'application dans le temps des textes issus de la réforme. Car une fois qu'on a dit que ces textes sont entrés en vigueur le 1^{er} octobre 2016, on n'a pas tout dit : à quelles situations ces textes sont-ils applicables ?

L'ordonnance s'est efforcée de répondre à cette question dans son article 9, mais elle ne l'a fait que partiellement. On examinera ainsi en deux temps ce qui est réglé par ces dispositions transitoires (A), et ce qui ne l'est pas (B).

A. Ce qui est réglé par les dispositions transitoires de l'ordonnance

7. Il est bien connu que l'article 2 du Code civil, qui ne résout qu'assez sommairement la question de l'application de la loi dans le temps, contient de toute façon des dispositions qui ne s'imposent pas au législateur : ce texte n'a qu'une valeur législative, et il est loisible au législateur de préciser lui-même dans le texte de droit écrit (ordonnance, loi) qu'il édicte le champ d'application temporel des nouvelles dispositions. C'est ce qui a été fait ici dans des dispositions transitoires se trouvant à l'article 9 de l'ordonnance, alinéas 2, 3 et 4.

8. L'alinéa 4 laisse expressément, dans un objectif de sécurité juridique, les instances introduites avant le 1^{er} octobre 2016 sous l'empire de la loi ancienne, et ce jusqu'en cassation⁽³⁾. Il y aura donc une longue période de coexistence devant les juridictions de deux droits des contrats et des obligations, l'ancien et le nouveau, en fonction d'un critère temporel : le temps de terminer les instances en cours... sans oublier celles qui seront par la suite introduites relativement à des contrats antérieurs !

9. L'alinéa 2 traite en effet du champ d'application dans le temps de l'ordonnance en fonction de la date de conclusion des contrats : « Les contrats conclus avant cette date [le 1^{er} octobre 2016] demeurent soumis à la loi ancienne ». Ce texte conduit donc à distinguer les contrats antérieurs et les contrats postérieurs. Allant du plus simple au plus compliqué, on commencera par les **contrats postérieurs**.

Les contrats d'assurance conclus depuis le 1^{er} octobre 2016 sont tous soumis à la loi nouvelle (par opposition à l'expression de loi ancienne), c'est-à-dire aux dispositions issues de l'ordonnance. C'est une évidence : il faut bien que la réforme ait un empire. Celui-ci

commence dès son entrée en vigueur avec l'idée d'application immédiate, comme d'habitude en droit transitoire.

Aux contrats conclus à partir du 1^{er} octobre 2016 doivent être assimilés les contrats à durée déterminée antérieurs, lorsqu'ils font l'objet d'un renouvellement postérieurement. En effet le renouvellement d'un contrat à durée déterminée est considéré comme la conclusion d'un nouveau contrat : c'est une solution classique, que retient depuis longtemps la jurisprudence en matière d'assurance et qui est précisément ici entérinée par l'ordonnance (C. civ., art. 1214 nouv.). Il est vrai qu'en matière d'assurance le législateur a parfois dérogé à ce principe comme lorsqu'il s'est agi en 2013 de supprimer toute possibilité de dérogation au principe d'interdiction des discriminations fondées sur la prise en compte du sexe comme facteur dans le calcul des primes ou des prestations : l'application des nouvelles dispositions a été écartée pour les contrats d'assurance conclus jusqu'au 20 décembre 2012 et pour ces mêmes contrats reconduits tacitement après cette date (C. assur., art. L. 111-7). Mais s'il en a été ainsi c'est parce qu'une disposition expresse de la loi l'a prévu. Or ici, bien au contraire, l'ordonnance a gardé le silence : il faut donc tirer la conséquence du principe que le renouvellement, tout comme la tacite reconduction (C. civ., art. 1215 nouv.), donnent naissance à un nouveau contrat, soumis aux nouvelles règles lorsque ce renouvellement ou cette reconduction tacite se produisent après le 1^{er} octobre 2016.

Ceci est très important car l'empire des nouvelles dispositions se trouve singulièrement étendu, spécialement en matière d'assurance où les contrats sont très souvent à durée déterminée et même d'une assez courte durée (en général un an). Peu à peu au cours de l'année 2017, voire après, des contrats initialement antérieurs à l'ordonnance vont devenir concrètement des contrats postérieurs. C'est dire qu'il faut être vigilant, car si parmi les nouvelles dispositions il en est que les contractants veulent écarter ou aménager par des stipulations particulières (on songe tout spécialement à la question de la révision pour imprévision), dans la limite bien entendu de leur liberté contractuelle, il convient de ne pas laisser s'opérer une simple reconduction d'une convention initiale antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance, mais de s'accorder sur les termes dans lesquels les parties entendent être à nouveau obligées.

En tout cas il est important de connaître la date de conclusion du contrat, ou de son renouvellement. Le contrat d'assurance est un contrat consensuel qui se forme en principe dès l'échange des consentements : il est parfait dès la rencontre des volontés de l'assureur et de l'assuré. Mais l'on sait que pour éviter toute contestation sur la date de l'accord une clause figure souvent dans les polices aux termes de laquelle la perfection du contrat est subordonnée à la signature de la police par l'assuré. C'est alors cette date de signature qui est à prendre en compte pour cette question d'application de la loi dans le temps.

10. Venons-en maintenant aux **contrats antérieurs** et qui le sont restés, car ils n'ont pas ou pas encore été renouvelés ; il peut aussi s'agir de contrats qui ont été renouvelés mais à propos desquels s'élève une difficulté afférente à une période antérieure au renouvellement. Aux termes exprès de l'alinéa 2, de l'article 9, les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 « demeurent soumis à la loi ancienne ». Ce principe de survie de la loi ancienne pour régir aussi bien les conditions de validité que les effets même à venir des contrats antérieurs répond à

(2) Cons. const., 12 févr. 2015, n° 2015-710 DC, cons. 3 et 6.

(3) Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, al. 4 : « Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation. ».

une forte exigence de la matière contractuelle : la sécurité juridique ; les parties ont fait des prévisions en fonction du droit existant au moment où elles ont conclu leur contrat. Ces prévisions doivent être respectées même si par la suite le droit change : il ne changera que pour les contrats conclus ultérieurement... Cet alinéa 2 parle de « loi ancienne ». Tout va bien lorsque sur un point existaient effectivement des dispositions législatives qui se trouvent désormais remplacées (par exemple sur la cause et sur l'objet) : le remplacement ne vaut que pour l'avenir, il ne concerne pas les contrats antérieurs.

Mais qu'en est-il lorsque sur un point n'existait pas de solution légale, en tout cas pas de dispositions législatives expresses, mais seulement une solution jurisprudentielle forgée peut-être à partir de l'interprétation de textes antérieurs. Là aussi il faut admettre que les nouvelles dispositions ne peuvent être appliquées aux contrats antérieurs : ceci ressort implicitement de cet alinéa 2, qui revient à faire échapper les contrats anciens à la loi nouvelle. Toutefois il n'est pas exclu que dans ce type de situation la jurisprudence se laisse guider par l'esprit des nouvelles dispositions pour infléchir le sens de ses solutions. Il est bien connu que *nul n'a de droit acquis à une jurisprudence figée*. La jurisprudence peut toujours évoluer, et sans guère de souci d'un règlement d'un conflit de solutions jurisprudentielles dans le temps ! Il est ainsi arrivé qu'à l'occasion de réformes une sorte d'anticipation de nouvelles solutions se produise : par exemple en 1982 en matière de filiation avec le rôle accru qui avait été donné à la possession d'état par une loi du 25 juin 1982, et immédiatement par la jurisprudence dans des situations où la loi nouvelle n'était pas applicable ; également juste après la loi du 3 décembre 2001 qui avait étendu, en matière de régimes matrimoniaux, le bénéfice de l'action en retranchement aux enfants naturels qui jusque-là en étaient privés. Cependant ce type d'anticipation jurisprudentielle n'a rien de systématique, et on sait même qu'au contraire la jurisprudence est capable de faire preuve d'une résistance acharnée pour maintenir le plus longtemps possible une solution que le législateur a voulu combattre : on songe évidemment à la jurisprudence sur la nullité des clauses de réclamation de la victime en assurance de responsabilité⁽⁴⁾ ! Parfois même le juge assure la survie de sa jurisprudence en combattant lui-même les dispositions transitoires de la loi destinée à la renverser : c'est l'incroyable histoire de la jurisprudence dite *Perruche* et du combat jurisprudentiel⁽⁵⁾ contre les dispositions transitoires de la loi dite *anti-Perruche* (L. n° 2002-303, 4 mars 2002, art. 1) !

Il faudra donc voir ce qui se passera au sujet des textes issus de l'ordonnance. Il n'est pas exclu que l'esprit de certains nouveaux articles influence par anticipation la jurisprudence : cela s'est même peut-être déjà produit avec l'arrêt de la deuxième chambre civile du 19 mai 2016 relatif à la bonne foi dans l'exercice de la faculté de renonciation prorogée en assurance vie⁽⁶⁾ ; cela pourrait logiquement se produire aussi au sujet de la question embarrassante du décès du bénéficiaire d'une assurance-vie avant d'avoir accepté, les hésitations jurisprudentielles actuelles pouvant trouver une issue inspirée

de l'esprit du nouvel article 1208. En revanche on ne serait pas tellement surpris que la jurisprudence *Canal de Crapone*⁽⁷⁾ se maintienne, là où les nouvelles dispositions ne sont pas applicables, tant cette jurisprudence était fermement établie d'autant qu'elle s'appuyait sur une disposition légale précise, l'ancien article 1134 du Code civil, qu'il faut continuer d'appliquer aux contrats antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

11. Allant plus loin, certains auteurs se demandent si le juge ne pourrait se reconnaître le droit de tempérer frontalement la règle de la survie de la loi ancienne pour faire immédiatement une application directe au moins de certaines règles issues de l'ordonnance⁽⁸⁾.

La réponse négative s'impose, pour plusieurs raisons.

En matière de droit transitoire, il faut distinguer selon que le législateur a lui-même réglé le champ d'application temporel de ses nouvelles dispositions ou qu'il ne l'a pas fait. *Lorsqu'il n'a rien dit*, il convient d'appliquer les solutions jurisprudentielles qui ont été données à cette question. En matière contractuelle cette solution consiste en principe à laisser les situations juridiques contractuelles sous l'empire de la loi qui était en vigueur au moment de leur constitution – qu'il s'agisse de leur validité ou de leurs effets, passés comme futurs –, sauf exception, une exception aux contours d'ailleurs assez difficiles à tracer : du moins admet-on l'application immédiate de certaines dispositions d'ordre public, celles qui paraissent particulièrement impérieuses ; on cherche aussi parfois à identifier des effets légaux du contrat qui se prêteraient à l'application immédiate de la loi nouvelle.

Mais au contraire ici le législateur a édicté des dispositions transitoires expresses, et il faut les appliquer : le rôle du juge est de faire respecter la loi, même s'il s'agit de dispositions du droit transitoires ! Il est vrai qu'on a vu dans la jurisprudence contemporaine se développer un contrôle du contenu des dispositions transitoires au nom de normes supérieures⁽⁹⁾, qu'elles soient constitutionnelles ou conventionnelles, mais il s'agit alors d'éviter que le législateur n'use de son pouvoir pour étendre par trop l'application de la loi dans le temps et en particulier ne cherche à l'appliquer à des instances en cours. Or ici c'est exactement l'inverse : le législateur a cherché à préserver au maximum l'empire de la loi ancienne. Il n'y a aucun reproche à lui faire !

Il faut également remarquer que si l'ordonnance n'avait rien précisé, la solution de principe aurait été la même. Pour donner un sens et une utilité au texte, il faut donc y voir un renforcement de la portée du principe, en y apportant une seule exception énoncée à l'alinéa suivant. En dehors de cette exception strictement délimitée, il faut se garder de chercher d'autres exceptions, et en rester au principe de survie de la loi ancienne s'agissant des contrats antérieurs, ce principe qu'impose la sécurité juridique si importante en matière contractuelle. À cet égard on peut prendre spécialement l'exemple de la révision pour imprévision : prétendre appliquer l'article 1195 nouveau à des contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 serait inadmissible, si on observe que la révision du contrat pour imprévision peut être écartée par une clause contraire voulue par les parties. Or

(4) V. par ex. Cass. 2^e civ., 25 juin 2009, n°s 08-14060 et 08-16910 : Resp. civ. et assur. 2009, comm. 301, note Groutel H.

(5) Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2008, n° 07-12159 : Contrats, conc. consom. 2008, comm. 266, note Leveneur L. ; Resp. civ. et assur. 2008, comm. 329, note Radé C.

(6) Cass. 2^e civ., 19 mai 2016, n° 15-12767 ; v. égal. au sujet du critère des nullités relatives : Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20411.

(7) Cass. civ., 6 mars 1876 : D. 1876, 1, p. 193.

(8) V. en ce sens : Mainguy D., « Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats », D. 2016, p. 62.

(9) Malinvaud P., « L'étrange montée du contrôle du juge sur les lois rétroactives », in collectif, *Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, 2004, p. 671.

avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance les parties n'avaient pas à se préoccuper d'une telle clause puisque la jurisprudence était très bien établie dans le sens de l'intangibilité du contrat – fondée sur l'ancien article 1134. Ce serait déjouer à la fois les prévisions des parties et la volonté expresse du législateur formulée dans l'alinéa 2, de l'article 9, de l'ordonnance que d'appliquer ce texte immédiatement, à tous les contrats.

12. Le principe de survie de la loi ancienne pour régir les contrats antérieurs ne doit donc supporter qu'une seule exception, celle qu'a prévue l'ordonnance à l'alinéa 3 de son article 9 : « Toutefois, les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance ». Si on la lit bien, cette formulation est assez étrange car toutes les dispositions de l'ordonnance sont applicables dès son entrée en vigueur ! Le tout est de savoir à quelles situations... En réalité il faut comprendre qu'alors que le deuxième alinéa soustrait en principe à l'empire du droit nouveau les contrats conclus auparavant, le troisième alinéa pose une exception à ce principe pour les dispositions des trois articles visés qui ont vocation à s'appliquer même à des situations en cours, nées antérieurement. Ces dispositions instaurent dans trois situations de doute un mécanisme interrogatoire à la disposition de la personne qui souhaite lever le doute :

- lorsqu'un tiers veut savoir si un pacte de préférence existe bien et si le bénéficiaire a l'intention de s'en prévaloir (C. civ., art. 1123 nouv., al. 3 et 4) ;

- lorsqu'un tiers doute de l'étendue du pouvoir d'un mandataire à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, et souhaite que le mandant lui confirme ce pouvoir de représentation (C. civ., art. 1158) ;

- lorsqu'une partie à un contrat atteint d'une cause de nullité relative veut savoir si le titulaire du droit d'agir en nullité veut l'exercer ou au contraire confirmer le contrat (C. civ., art. 1183).

Ce n'est sans doute pas en matière d'assurance que ces trois procédés trouveront leurs applications les plus concrètes. Mais on ne sait jamais.

B. Ce qui n'est pas réglé par les dispositions transitoires spécifiques

13. L'ordonnance ne règle pas la question du conflit de lois dans le temps pour d'autres situations que les contrats.

Ceci n'a guère d'importance pour la responsabilité civile extra-contractuelle, puisqu'en réalité ici l'ordonnance ne fait que procéder à une nouvelle numérotation des articles sans changer leur contenu. D'ailleurs on a très rapidement vu des décisions, même de la Cour de cassation, rendues pourtant dans des instances en cours au moment de l'entrée en vigueur de la réforme si bien que les textes nouveaux n'étaient assurément pas applicables, viser à la fois les anciennes et les nouvelles dispositions : par exemple « l'article 1382 devenu 1240 du Code civil ».

14. En revanche l'ordonnance a édicté de nouvelles règles à propos des sources quasi contractuelles d'obligations. En l'absence de dispositions transitoires spécifiques, on inclinera pour une application immédiate des dispositions nouvelles à partir du 1^{er} octobre 2016, même à des situations quasi contractuelles en cours à ce moment,

du moins s'agissant de leurs effets à venir⁽¹⁰⁾. Par exemple, les nouveaux articles 1302 et suivants reprennent les règles sur le paiement de l'indu mais avec quelques modifications, en particulier la possibilité d'une réduction de la restitution si le paiement procède d'une faute (C. civ., art. 1302-3) : cette nouvelle règle devrait être utilisée pour déterminer après le 1^{er} octobre 2016 le montant à restituer même pour des paiements indus réalisés auparavant. C'est la solution habituelle du conflit de lois dans le temps en dehors de la matière contractuelle : application immédiate de la loi nouvelle aux situations non contractuelles et à leurs effets futurs.

15. S'agissant du régime général des obligations, il conviendra certainement d'appliquer les nouvelles dispositions aux obligations non contractuelles même nées antérieurement. En revanche pour les obligations de source contractuelle, il serait logique de laisser celles qui sont nées de contrats conclus antérieurement sous l'empire des règles antérieures à l'ordonnance. Par exemple l'ordonnance modifie la règle supplétive relative au lieu de paiement d'une obligation de somme d'argent, en abandonnant le caractère quérable du paiement (au domicile du débiteur : C. civ., art. 1247 anc.) et en retenant désormais le caractère portable (au domicile du créancier : C. civ., art. 1343-4 nouv.) : le droit commun s'est aligné là sur la règle qui vaut depuis 50 ans en matière d'assurance pour le paiement de la prime (C. assur., art. L. 113-3) ; en revanche le paiement de l'indemnité d'assurance par l'assureur étant lui soumis au droit commun, il obéira désormais aussi à cette nouvelle règle sur le caractère portable ; les parties auxquelles cette désignation par la loi ne conviendra pas auront la possibilité de choisir un autre lieu, mais par hypothèse pour les contrats conclus antérieurement à l'ordonnance ceci n'aura pas pu être fait : il faut donc respecter les prévisions des parties qui ont été élaborées en fonction des règles qui étaient en vigueur à ce moment.

Quant à la cession de contrat, organisée de façon générale par les nouveaux articles 1216 à 1216-3, on sera enclin à y voir un nouveau contrat autonome, obéissant s'il est conclu à partir du 1^{er} octobre 2016 aux nouvelles dispositions, même si le contrat cédé a été conclu antérieurement, d'autant que l'opération nécessite le consentement ou au moins l'accord de tous les intéressés. Et l'on inclinera à raisonner de la même façon pour la cession de dette. En revanche, on pourra être plus hésitant pour la cession de créance, notamment parce que le consentement du débiteur n'est pas requis et que c'est au stade initial de l'acte juridique créateur de son obligation qu'il peut envisager de faire obstacle à sa cession ultérieure en stipulant une incessibilité, possibilité expressément reconnue par le nouveau régime de cette opération (C. civ., art. 1321).

Envisager la possibilité d'une stipulation contraire c'est déjà aborder une autre question, celle du caractère impératif ou supplétif des dispositions de fond issu de l'ordonnance

(10) Mais évidemment il en va différemment des situations dont tous les effets seraient achevés : c'est le principe de non-rétroactivité, proclamé à l'article 2 du Code civil, qu'il faut alors appliquer.

II. Caractère impératif ou supplétif des nouvelles dispositions : quelle place pour la liberté contractuelle ?

16. C'est une question très importante, surtout au regard des innovations que contient ici ou là l'ordonnance : dans quelle mesure s'imposent-elles impérativement, dans quelle mesure est-il permis de s'y soustraire, ou de les aménager ?

Le monde de l'assurance est habitué à des textes très largement impératifs. Cela date de la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance dont l'article 2 était ainsi rédigé : « Ne peuvent être modifiées par convention les prescriptions de la présente loi, sauf celles qui donnent aux parties une simple faculté et qui sont contenues dans les articles 6, 10, 11... » etc., 22 articles étant ainsi limitativement énumérés. Il s'agissait de protéger les assurés contre des abus que certains assureurs avaient auparavant fait de la liberté contractuelle. Ce principe d'une législation impérative sauf exception est toujours là : il est aujourd'hui énoncé dans les premières dispositions du Code des assurances, à l'article L. 111-2.

Le droit des assurances n'est pas le seul à être dans cette situation. On peut même dire que ce qui caractérise aujourd'hui les nouvelles dispositions du droit des contrats spéciaux, de quasiment tous les contrats spéciaux, est leur dimension d'ordre public : il suffit de songer à la législation contemporaine sur les baux, spécialement les baux ruraux et les baux d'habitation, ou encore au droit des contrats de la construction. Et cette discipline jeune qu'est le droit de la consommation est elle-même totalement impérative.

17. Toutefois ce mouvement n'a pas gagné la théorie générale des contrats sur laquelle porte la réforme de 2016. On ne trouve pas parmi les nouvelles dispositions du Code civil issues de l'ordonnance du 10 février 2016 un principe équivalent à celui de l'article L. 111-2 du Code des assurances sauf exceptions énumérées.

Ce serait même plutôt l'inverse. Car c'est le caractère impératif de quelques rares dispositions qui est expressément mentionné :

- l'article 1104, sur le devoir de bonne foi, énonce que « cette disposition est d'ordre public » ;
- l'article 1112 dispose que l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles « doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi » ;
- l'article 1112-1 sur le devoir d'information très contractuelle énonce que « les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir » ;
- l'article 1231-5, alinéa 4, dispose que « toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite », alinéas qui organisent le pouvoir judiciaire de modération de la clause pénale.

Il pourrait être tentant d'en déduire, *a contrario*, que toutes les autres dispositions issues de l'ordonnance sont supplétives. Les auteurs du rapport au président de la République, qui accompagnait la publication de l'ordonnance au *Journal officiel*, ont dans une certaine mesure succombé à cette tentation en parlant du caractère supplétif des articles du Code civil « sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné ».

Ce rapport relève aussi à l'inverse la présence dans certains articles de la mention « sauf clause contraire » (par ex. C. civ., art. 1216-1 ; C. civ., art. 1324 et C. civ., art. 1327-2). Mais il indique, et cela ne

manque pas d'intérêt, que ce rappel « résulte seulement d'un pur souci didactique prenant en compte les souhaits exprimés par les professionnels au sujet de certains textes particuliers », et il en déduit que la subsistance de cette mention « sauf clause contraire » n'autorise « aucune interprétation *a contrario* et ne remet nullement en cause le principe général du caractère supplétif des textes »⁽¹¹⁾.

Il est vrai qu'à partir de la précision « sauf clause contraire » figurant dans quelques textes seulement, deux arguments d'interprétation logique peuvent se présenter : un raisonnement *a contrario* (ailleurs la clause contraire n'est pas possible), ou un raisonnement par analogie (si la clause contraire est possible pour ceci, elle l'est aussi pour cela). C'est un grand classique : derrière tout raisonnement *a contrario* se cache la possibilité d'un raisonnement par analogie, et réciproquement. Or la clé de ce choix apparemment embarrassant est bien connue : le raisonnement qui doit l'emporter est celui qui permet de revenir à un principe que l'on aura pu dégager. Si le texte à partir duquel on raisonne est une exception au principe, mener une interprétation *a contrario* permet, ailleurs, de revenir au principe et ainsi de maintenir l'exception dans un champ étroit. À l'inverse si le texte particulier à partir duquel on raisonne correspond à une application spécifique du principe, procéder à son extension analogique dans d'autres cas permet d'assurer un large domaine au principe.

Et c'est exactement le cas ici. Un principe domine la matière : la liberté contractuelle. Longtemps ce principe n'a même pas été expressément énoncé par le Code civil. La doctrine et la jurisprudence (par exemple en affirmant la possibilité de déroger au caractère *a priori* judiciaire de la résolution pour inexécution) l'avaient bien entendu dégagé, à partir de l'ancien article 1134 et surtout de l'article 6, précisément lu *a contrario* ! Voici que l'ordonnance du 10 février 2016 a comblé cette lacune – qui, il est vrai, n'était pas bien gênante tellement le principe était admis – en énonçant au nouvel article 1102, donc en tête des dispositions liminaires relatives au contrat (juste après sa définition), que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi./La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». On reconnaît là les trois dimensions de la liberté contractuelle que la doctrine avait de tout temps mises en avant : la liberté de contracter ou de ne pas contracter, le libre choix du cocontractant, la liberté du contenu du contrat (le texte ajoute la liberté de déterminer la forme, ce qui classiquement est plutôt appelé le principe du consensualisme, mais peu importe).

En outre le Conseil constitutionnel a reconnu à l'époque contemporaine la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Ceci ne signifie certes pas que le législateur ne puisse apporter aucune limitation à cette liberté contractuelle, mais du moins le Conseil constitutionnel exige-t-il que ces limitations soient liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général et qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif qu'elles poursuivent⁽¹²⁾.

(11) Rapport au président de la République : JO, 11 févr. 2016, texte 25.

(12) Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC.

18. Dès lors il est exact que les dispositions du Code civil sur le droit des contrats doivent être en principe tenues pour supplétives de volonté : en principe les parties peuvent y déroger, si telle est leur volonté commune. C'est la liberté de déterminer le contenu du contrat, même si la loi a prévu autre chose : elle ne l'a fait que pour suppléer à la volonté.

Cependant cette liberté de principe trouve sa limite dans l'existence des dispositions d'ordre public, ainsi que continue de le dire l'article 6 et que le répète désormais le nouvel article 1102 : « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

Mais quelles sont ces règles ?

Il est certain que les quelques textes qui se disent eux-mêmes d'ordre public – ou impératifs ou ne permettant pas la clause contraire – dans le nouveau droit des contrats sont nécessairement d'ordre public.

Pour autant on résistera à la tentation de limiter l'ordre public à ces seuls cas. Car, c'est un grand classique à nouveau, lorsque la loi ne dit rien du caractère d'une disposition, c'est au juge qu'il appartient le cas échéant de dire si elle est impérative ou supplétive. Or ici, à l'évidence, certaines autres dispositions que celles se disant expressément d'ordre public se verront aussi nécessairement reconnaître ce caractère.

Ce sont déjà toutes celles dont la tournure est impérative sans qu'elles le mentionnent expressément. Ainsi l'article 1210, alinéa 1^{er}, est rédigé de la façon suivante : « Les engagements perpétuels sont prohibés ». Le texte ne dit pas qu'il est d'ordre public. Mais il l'est tout de même sans le moindre doute. Le contrat qui serait conclu à perpétuité et comporterait une clause écartant le jeu de l'article 1210 resterait tout de même soumis à l'empire de celui-ci, de telle sorte que la conséquence que le texte attache à la qualification de contrat perpétuel pourrait être mise en œuvre (chaque contractant peut mettre fin à ce contrat dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée, c'est-à-dire à tout moment sous réserve de respecter un délai de préavis).

Ensuite, plus largement, sont également nécessairement d'ordre public toutes les dispositions qui intéressent la validité du contrat ou d'une stipulation : des règles de validité posées par la loi ne peuvent pas être écartées par les parties, même si la loi n'a pas interdit expressément la stipulation contraire. Par exemple, le nouvel article 1142 dispose que « la violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers » ; le texte ne précise pas qu'une stipulation contraire serait non écrite, mais il n'en demeure pas moins que la clause qui écarterait le jeu de cet article pour permettre à une partie d'exercer sur l'autre une contrainte constitutive d'une violence serait à l'évidence inefficace et n'empêcherait pas de prononcer la nullité du contrat.

De même l'article 1129 énonce qu'il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat : il ne servirait à rien de stipuler expressément dans un contrat conclu avec une personne se trouvant sous l'empire d'un trouble mental que les parties conviennent d'exclure l'application de l'article 1129 du Code civil ; le contrat n'en serait pas moins nul en vertu de l'article 1129 nonobstant cette clause contraire.

Ou encore aux termes de l'article 1171, « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et

obligations des parties au contrat est réputée non écrite » ; le texte ne dit pas qu'il est impératif, mais la stipulation par laquelle les parties conviendraient à l'avance de renoncer chacune à se prévaloir de cet article n'en serait pas moins nulle, car à l'évidence cet article est d'ordre public. À cet égard, on peut rappeler que la renonciation à un droit d'ordre public n'est pas valable, du moins tant qu'il s'agit d'une renonciation à l'avance, car une fois qu'un droit est acquis il est toujours possible d'y renoncer, même s'il s'agit d'un droit découlant d'une règle d'ordre public : cela a été bien rappelé par la jurisprudence contemporaine, notamment au sujet de droits qui font partie de la protection des consommateurs⁽¹³⁾.

19. Donc si parmi les nouveaux textes ceux qui sont d'ordre public sont en réalité un peu plus nombreux que les quelques-uns qui se donnent eux-mêmes expressément ce caractère, il reste que l'ordre public relève de l'exception en matière contractuelle, où le principe est bien celui de la possibilité des stipulations contraires : c'est la conséquence du principe de liberté contractuelle, qui domine la matière. Ainsi chaque fois qu'un article ne porte pas sur la validité d'un contrat ou d'une clause, ou qu'un caractère d'ordre public ne résulte pas expressément d'une mention en ce sens ou implicitement d'une formulation, il faut admettre que les parties ont la possibilité d'y déroger.

Par exemple s'agissant du moment et du lieu de formation d'un contrat entre absents : l'article 1121 retient le système de la réception. Mais après tout des parties pourraient en convenir autrement et fixer ailleurs ou à un autre moment la conclusion de leur contrat. De telles stipulations se rencontrent parfois en matière d'assurance. L'article 1121 n'est pas un obstacle à leur maintien car ce texte n'est que supplétif.

L'article 1214 prévoit que le renouvellement d'un contrat donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée. On pourrait prévoir dans un contrat initial que le renouvellement donnera naissance à un contrat à durée déterminée.

De même les parties pourraient organiser les conséquences de l'inexécution de leur contrat d'une manière différente de celle qui est prévue aux articles 1217 et suivants : par exemple elles pourraient convenir de supprimer l'exception au principe de l'exécution en nature introduite par l'article 1221 (ce qui est envisageable en matière d'assurance, dans les cas où une prestation en nature est prévue) ; d'écarter le pouvoir unilatéral de réduction du prix par le débiteur de ce prix lorsqu'il se dit insatisfait de l'exécution de la prestation dont il était créancier (C. civ., art. 1223), ou bien de limiter l'ampleur de ce pouvoir en fixant un maximum à la réduction ; etc.

20. Les parties peuvent-elles déroger à l'article 1195 nouveau qui organise un processus de révision du contrat pour imprévision, avec même un pouvoir du juge en ce sens ? *A priori* oui car il s'agit d'un texte qui ne porte pas sur la validité du contrat et qui se place dans la période d'exécution de celui-ci, sans que sa rédaction n'incline vers l'ordre public. Pourtant, une certaine controverse a pris un temps naissance à ce sujet lorsqu'un auteur entreprit de raisonner ici en termes d'ordre public et de soutenir que l'accord des parties ne pourrait aboutir à priver celle « se prétendant lésée d'obtenir un

(13) V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1998 : n° 96-13972 : Contrats, conc. consom. 1998, comm. 86, note Leveneur L.

réexamen de l'équilibre du contrat et à lui ôter ainsi la protection que l'article 1195 a pour but de lui apporter »⁽¹⁴⁾. La quasi-unanimité des autres auteurs qui ont écrit sur le sujet défend une position contraire, et c'est celle-ci qui s'impose sans le moindre doute.

Non seulement parce que le rapport⁽¹⁵⁾ au président de la République attribue expressément un caractère supplétif à ce texte ; mais surtout parce que ce caractère supplétif ressort de la rédaction même de l'article 1195, qui permet de demander une renégociation du contrat en raison d'un changement de circonstances imprévisible lors de sa conclusion qui rend l'exécution excessivement onéreuse « pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque » : or c'est une manière d'accepter le risque d'une exécution devenant excessivement onéreuse que de déroger à l'article 1195 et de ne pas vouloir d'exception à la force obligatoire du contrat ; et on ne peut pas dire que cette liberté ne vaudrait que pour telle ou telle circonstance qu'il faudrait énumérer, puisque le texte évoque le risque d'un changement de circonstance *imprévisible*.

À ces arguments, on peut encore ajouter le renfort de raisonnements en provenance de deux autres textes. L'article 1231-5 qui prévoit aussi un pouvoir du juge, celui de modérer la clause pénale excessive, en précisant cette fois que toute stipulation contraire est réputée non écrite, alors que l'article 1195 ne contient pas cette précision ; or justement ce n'est pas tout à fait la même chose de modérer une clause pénale qui est une sanction pécuniaire d'une inexécution contractuelle et de se mettre à refaire éventuellement tout un contrat en cas de changement de circonstances alors que les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord à cet égard : dans le premier cas on peut effectivement réserver impérativement ce pouvoir du juge, comme le fait la loi, dans le second cas, l'atteinte à la liberté contractuelle et à la force obligatoire du contrat serait beaucoup plus considérable si la disposition était impérative, et le législateur s'est bien gardé de le prévoir. Le second texte est le nouvel article 1351 qui permet aux parties de convenir sur la charge de la force majeure (celle-ci libre en principe le débiteur de la prestation impossible à exécuter, « à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger » dit le texte) ; or la force majeure est un événement à la fois imprévisible et irrésistible si bien que l'on peut raisonner *a fortiori* dans l'hypothèse que vise la révision pour imprévision : si la convention est libre au sujet des conséquences

d'un événement pourtant imprévisible et irrésistible, à plus forte raison elle doit l'être aussi au sujet d'un événement simplement imprévisible qui ne fait que rendre l'exécution plus onéreuse et non pas impossible⁽¹⁶⁾.

Ainsi les clauses contraires à l'article 1195 se sont très vite répandues en pratique, que ce soit pour supprimer toute possibilité de révision pour imprévision ou pour aménager cette possibilité selon la volonté des parties. La question cependant est peut-être moins vive en matière d'assurance qu'ailleurs, puisque dans notre secteur des possibilités d'aménagement du contrat en cas de modification de circonstances existent et sont réglementées depuis longtemps.

21. Il reste que chaque fois que le caractère simplement supplétif de dispositions nouvelles laisse place à la liberté contractuelle, il faut encore tenir compte d'une limite générale à l'utilisation de cette liberté qui se trouve dans le contrôle des clauses abusives. Celui-ci n'est plus cantonné aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs (C. consom., art. L. 212-1), voire entre partenaires commerciaux (C. com., art. L. 442-6, I), le voici qui a gagné le champ de tous les contrats d'adhésion quelle que soit la qualité des parties. C'est le nouvel article 1171 du Code civil, texte qui pourrait être particulièrement important pour le monde de l'assurance, car le contrat d'assurance se présente comme l'archétype du contrat d'adhésion tel que le nouvel article 1110 du Code civil le définit. Les assureurs sont bien habitués à la problématique des clauses abusives dans leurs contrats conclus avec des assurés consommateurs. Il va falloir qu'ils s'y fassent, même dans les contrats qu'ils concluent avec des assurés se couvrant pour les besoins de leur profession. Or on a pu observer en droit de la consommation que des clauses privant les consommateurs de droits découlant de dispositions pourtant purement supplétives étaient volontiers considérées comme abusives (c'est devenu un des critères de la clause abusive comme l'a bien montré une thèse récente⁽¹⁷⁾), ce qui concrètement tend à rendre impératives au profit des consommateurs de nombreuses dispositions du droit des contrats ! Il n'est pas certain que la même tendance s'observera dans les contrats d'adhésion entre professionnels, car le besoin de protection n'est pas nécessairement le même. Ce sera une question à suivre de près car d'elle dépendra la marge exacte de liberté contractuelle subsistant dans les contrats d'adhésion.

(14) Mercadal B., *Réforme du droit des contrats*, 2016, Francis Lefebvre, n° 603.

(15) Ce rapport, s'il peut être éclairant, n'a toutefois pas de valeur juridique particulière.

(16) En ce sens Deshayes O., Genicon T. et Laithier Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2016, LexisNexis, p. 386.

(17) Peglion-Zika C.-M., *La notion de clause abusive*, thèse, Leveneur L. (dir.), 2014, Paris II, LGDJ, 2018.

Formation du contrat

Négociation et confidentialité, offre et acceptation

Les dispositions issues de la réforme du droit des contrats concernant la formation du contrat ne sont pas, *a priori*, les plus novatrices. Elles réalisent une sorte de codification à jurisprudence constante. Pourtant, confrontées au contrat d'assurance, elles renforcent le sentiment que le droit des contrats n'est plus le droit d'une seule forme de contrats mais se dédouble entre les contrats dont le contenu est négocié et ceux auxquels l'on ne peut qu'adhérer.

Par Anne Pélissier

Professeur à l'université de Montpellier, directeur du master II Droit des assurances

 114z7

L'article 1113 du Code civil tel qu'il est issu de la réforme du droit des contrats énonce, dans son alinéa premier, que « Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager », ce qui nous évoque la sage parole de Talleyrand « si cela va sans dire, ça ira encore mieux en le disant ». Sans suspens, le droit commun des contrats reste soumis au principe directeur du consensualisme. La volonté reine, la volonté toute puissante et la magie qui opère par la rencontre d'au moins deux volontés : le contrat est formé ! Mais, dans le même temps, beaucoup d'autres dispositions de la réforme trahissent la faiblesse de cette déclaration de principe. Si mariage des volontés il doit y avoir, l'on ne peut occulter le fait que des mariages pleinement consentis cohabitent avec des mariages plus ou moins forcés, l'un des époux n'étant pas avec l'autre sur un pied d'égalité. D'où l'impérieuse nécessité de laisser du temps et de préparer les futurs partenaires contractuels afin qu'ils prennent la mesure d'un éventuel engagement.

Le droit des assurances l'a compris depuis bien longtemps. La protection de l'assuré par une obligation d'information précontractuelle mise à la charge de l'assuré – et non de l'assureur contrairement à ce que l'on aurait pu penser – est déjà évoquée dans le *Guidon de la Mer*, ouvrage qui aurait été rédigé par un greffier des assurances sur la base de la pratique rouennaise des assurances à laquelle il a

contribué durant la 2nde moitié du XVI^e siècle. (Broussy C., *Histoire du contrat d'assurance XVI^e-XX^e siècle*, th. Montpellier, 2016, p. 160 et s.) et est bien sûr reprise par la loi du 13 juillet 1930 (art. 15, 2^o et 3^o). Les textes ultérieurs ne feront que renforcer la préparation des parties, et spécialement de l'assuré cette fois (art. 8 de la loi n^o 89-1014 du 31 décembre 1989), à l'acte de volition. Ce sont d'ailleurs très certainement les droits spéciaux, tels que le droit des assurances ou encore le droit de la consommation, qui ont eu une incidence sur la consécration par la réforme du droit des contrats de règles gouvernant la phase précontractuelle.

Que reste-t-il alors à apprendre par la réforme du droit des contrats sur la formation du contrat d'assurance ? La spécialité de l'assurance laisse-t-elle une prise du droit commun des contrats sur la formation du contrat d'assurance en application du principe selon lequel la loi spéciale déroge à la loi générale consacré au troisième alinéa du nouvel article 1105 du Code civil ? C'est ce que nous nous proposons d'évaluer en explorant les nouvelles dispositions du Code civil relatives à la phase précontractuelle jusqu'à la manifestation des volontés (Sur cette question, cf. Bigot J., « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance », JCP 2016, doctr. 833, spéc. n^o 13 et s.).

L'article 1104 du Code civil qui fixe les critères de l'offre de contracter, permet de faire le partage entre ces deux étapes concourant à la formation du contrat. Il énonce « L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. À défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation ». De la sorte, tant qu'une proposition ferme de contracter contenant les éléments essentiels du contrat projeté n'est pas émise par l'une des parties, les débats relatifs à l'éventualité d'un contrat relèvent des négociations (I). Ce n'est que lorsque les termes du contrat sont prêts que les volontés aptes à former le contrat peuvent s'exprimer (II).

I. Les négociations

C'est le temps de l'avant : avant le contrat, avant que les volontés ne soient mûres pour se manifester, avant qu'elles soient en mesure de se rejoindre. À cet effet, il convient de les préparer et la réforme du droit des contrats, pour laquelle a été choisie une présentation chronologique de la vie du contrat (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n^o 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO 11 févr. 2016), inaugure la section relative à la conclusion du contrat par une sous-section consacrée aux négociations qu'il nous

revient de présenter (A) avant d'en mesurer l'influence en matière d'assurance (B).

A. Présentation du droit commun des négociations

Pour l'essentiel, la sous-section consacrée aux négociations réalise une sorte de codification à jurisprudence constante dont l'intérêt réside principalement dans le fait de fournir une assise textuelle aux solutions stables forgées par la jurisprudence.

L'article 1112 du Code civil pose ainsi le principe de la liberté des négociations – liberté d'entrée, de suivre et de rompre les négociations – qui découle lui-même du principe de liberté contractuelle consacré à l'article 1102 du Code civil. Cette liberté est néanmoins encadrée car une faute dans les négociations, notamment parce que l'une des parties aurait trahi l'exigence de bonne foi qui lui impose de négocier de manière cohérente et transparente, engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur. *In fine*, la disposition reprend la solution retenue dans l'arrêt *Manoukian* (Cass. com., 26 nov. 2003, n° 00-10243, 00-10949), précisant que la responsabilité ne peut permettre de réparer la perte des avantages attendus du contrat non conclu. De la sorte, ni le gain manqué du fait de l'absence de conclusion du contrat, ni la perte de chance de conclure le contrat projeté ne sont indemnisables en raison de l'absence de causalité directe avec la faute qui ne résulte pas de la rupture des pourparlers mais des circonstances dans lesquelles celle-ci a été réalisée. Avec cet article 1112 du Code civil, il est question de négociations au sens strict, celles par lesquelles les parties échangent pour construire ensemble le contenu du contrat.

L'article suivant, l'article 1112-1 du Code civil, s'insère dans une conception beaucoup plus large des négociations puisqu'il y est question du devoir d'information précontractuel. La délivrance d'informations déterminantes de la volonté des parties est bien évidemment indispensable à la poursuite de négociations en toute transparence, mais le devoir d'information ne s'épuise pas dans les négociations au sens strict. C'est un devoir précontractuel – et souvent même contractuel, même si la réforme est muette à cet égard – qui s'impose quelles que soient les conditions dans lesquelles est conclu le contrat, que le contenu de celui-ci soit ou non négocié. Le devoir d'information est même d'autant plus intense que le contrat ne pourra pas être négocié. L'on peut ainsi se demander si le législateur n'aurait pas mieux fait d'intituler la sous-section en question « phase précontractuelle » plutôt que « négociations » car ce que vise le devoir d'information c'est la préparation des volontés.

Quant aux conditions du devoir d'information et à sa sanction, le texte est très didactique. Tout y est dit et clairement dit. Le devoir d'information suppose une asymétrie dans la connaissance des parties ou une relation de confiance. L'information doit être déterminante du consentement, ce qui suppose un lien avec le contenu du contrat ou la qualité des parties, mais elle ne porte pas sur la valeur de la prestation. La preuve de l'existence du devoir d'information incombe à celui qui s'en prétend créancier tandis que la preuve de son exécution est à la charge de son débiteur qui doit prouver qu'il a correctement informé le créancier. Quant à sa sanction, elle continue de relever du droit commun : nullité du contrat si un vice du consentement peut-être prouvé ou responsabilité extracontractuelle. Enfin, le devoir d'information est l'une des rares exigences posées par la

réforme dont le caractère d'ordre public est expressément reconnu (comme le principe de bonne foi de l'article 1104 du Code civil), ce qui interdit d'envisager des clauses destinées à le mettre en échec.

La sous-section relative aux négociations se termine par un article 1112-2 relatif à la confidentialité. L'on apprend, à la lecture du rapport remis au Président de la République, que la disposition s'inspire des projets d'harmonisation européens. Le texte vise à protéger les informations confidentielles divulguées au cours des négociations en affirmant que leur utilisation ou leur divulgation engage la responsabilité de la personne indécise, qu'il s'agisse d'une partie ou de toute autre personne ayant participé aux négociations. Mais le texte semble soulever plus de difficultés qu'il n'en résout : comment déterminer le caractère confidentiel d'une information, le préjudice provoqué par la divulgation ou l'utilisation de la donnée est-il réparable ? Un certain nombre de réponses peut être trouvé dans la directive relative à la protection du secret des affaires qui doit être transposée avant le 9 juin 2018 (PE et Cons. UE, dir. 2016/943/UE, 8 juin 2016 : JOUE n° L 157, 15 juin 2016). L'on se demande également s'il a une réelle utilité dans la mesure où, lorsqu'il est question d'informations confidentielles, les parties se protègent par des accords de confidentialité dont l'inexécution consomme une inexécution contractuelle.

En somme, les négociations au sens strict du terme sont gouvernées par le principe de liberté des négociations de l'article 1112 et le principe de confidentialité de l'article 1112-2 tandis que le devoir d'information, dont l'ambition est bien plus large, est comme coincé entre ces deux dispositions. On pressent alors que la sous-section relative aux négociations ne traite pas d'une seule forme de négociations mais de deux : les discussions sur le contenu du contrat et la préparation des volontés, ce qui a évidemment une influence sur l'apport de ces dispositions en matière d'assurance.

B. Influence du droit commun des négociations

Dans un sens strict, négociier, c'est en quelque sorte savoir défendre ses intérêts afin d'obtenir un accord les satisfaisant au mieux. Cette perception des négociations repose sur un certain antagonisme des parties et, dans cette opposition d'intérêts, la loi du plus fort sera souvent celle qui s'imposera. La place des négociations dans les assurances de masse garantissant les risques de la vie privée et certains risques professionnels paraît ainsi extrêmement limitée, voire nulle. En revanche, lorsqu'il est question d'assurance des grands risques, de réassurance ou même d'intermédiation pour ce qui concerne la relation de l'intermédiaire avec l'assureur, les parties se retrouvent en situation de librement négocier les stipulations du contrat, le contrat sera ainsi conclu de gré à gré au sens de l'article 1110 du Code civil. Faute de disposition spéciale à l'assurance, le droit commun des contrats a vocation à gouverner ces négociations dont le déroulement relève aussi très largement des usages ayant cours en matière de réassurance ou d'assurance des grands risques. Mais le plus gros bataillon des assurances, du moins sur le plan quantitatif, n'est pas concerné par les négociations. Pourtant, il n'échappe pas à la sous-section qui leurs est relative en raison de la présence du devoir d'information.

Dans un sens large, négociier, c'est aussi préparer la volonté des parties à la conclusion du contrat. Si l'une des parties n'est pas en mesure de discuter le contenu contractuel, ou si elle ne peut le faire

qu'à la marge, comme c'est souvent le cas en matière de risques professionnels, la phase précontractuelle devient une étape de préparation et cette étape est nécessaire pour tous les contrats d'assurance. Information délivrée par l'assuré sur son risque, information délivrée par l'assureur sur le contenu du contrat, tout contrat d'assurance requiert une phase de préparation.

Néanmoins, en matière d'information, le droit spécial de l'assurance chasse en très grande partie le droit commun du contrat. C'est le cas pour le droit spécial de la déclaration de risques pour l'inexécution duquel la jurisprudence chasse les sanctions du droit commun comme le dol (Cass. 2^e civ., 3 juill. 2014, n^o 13-18760 : RGDA sept. 2014, n^o 111e1, p. 443, note Pélissier A.). C'est encore le cas pour le droit spécial de l'information documentaire posé à l'article L. 112-2 du Code des assurances ou encore, pour l'assurance-vie, à l'article L. 132-5-2. En revanche, s'agissant du dialogue informatif, soit des obligations de conseil et de mise en garde, le droit spécial est peu disert. Il ne règlemente que les obligations de conseil des intermédiaires (C. assur., art. L. 520-1) et en matière d'assurance-vie (C. assur., art. L. 132-27-1), abandonnant ainsi tout le reste de la matière assurantielle au droit commun, du moins jusqu'à la transposition de la directive n^o 2016/97 du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances.

L'on peut toutefois se demander si l'article 1112-1 du Code civil est apte à fonder un devoir de conseil. Il n'évoque qu'une information détenue par l'une des parties et que l'autre peut légitimement ignorer, il n'impose pas d'aller au-delà de la simple délivrance de l'information en adaptant celle-ci à la situation personnelle de la partie ignorante. Le texte semble dès lors susceptible de deux interprétations entre lesquelles la jurisprudence devra arbitrer : une interprétation stricte, plus respectueuse de la lettre du texte, qui cantonne le devoir d'information à la simple transmission d'une information, soit un devoir de renseignement, ou une interprétation plus large, plus respectueuse de l'esprit du texte selon nous, qui permet de fonder l'exigence de toutes les déclinaisons de l'information – renseignement, conseil et mise en garde – comme les fondaient auparavant les articles 1135 et 1134, alinéa 3 du Code civil. Ce n'est que si la jurisprudence emprunte cette seconde voie que le devoir d'information du droit commun des contrats exercera une réelle influence en matière d'assurance.

Préparées, les volontés vont pouvoir se manifester afin de former le contrat.

II. La manifestation des volontés

À quel moment bascule-t-on de l'étape de préparation des consentements à celle de la manifestation des volontés ? Lorsque la volonté de l'une des parties est suffisamment mûre pour pouvoir être analysée en une offre de contracter. L'article 1114 du Code civil ne définit par l'offre mais il l'identifie par ses caractères : précision et fermeté. En matière de contrat d'assurance, l'on comprend que l'offre ne pourra être émise que par l'assureur car il est seul en mesure de tarifier le risque, élément essentiel du contrat projeté. Ce qui est dénommé proposition d'assurance, maladroitement selon nous mais qui s'explique historiquement puisque initialement, en assurances maritimes, c'était l'assuré qui proposait le contrat pour lequel l'assureur n'avait d'autre choix que d'adhérer ou pas (Broussy C., *Histoire du contrat d'assurance XVI^e-XX^e siècle*, op. cit., p. 160), ne peut s'analyser en une

offre. Il s'agit de la déclaration de risques de l'assuré sur la base de laquelle l'assureur sera en mesure de formuler une offre. L'alinéa 4 de l'article L. 112-2 du Code des assurances le confirme en énonçant que « *La proposition d'assurance n'engage ni l'assuré, ni l'assureur* ».

Dans la mesure où l'offre de contracter est nécessairement à l'initiative de l'assureur, les autres dispositions relatives à l'offre ont peu d'intérêt en matière d'assurance, notamment, le fait que l'offre puisse être rétractée tant qu'elle n'a pas été reçue par son destinataire (C. civ., art. 1115) ou avant le terme du délai qu'elle fixe ou d'un délai raisonnable (C. civ., art. 1116), comme le fait qu'elle ne survive pas au décès de son auteur (C. civ., art. 1117). Le plus important pour la matière assurantielle n'est pas le droit commun de l'offre mais celui de l'acceptation, c'est donc sur elle que nous allons nous concentrer.

Et comme il n'y a pas une seule forme de négociations, nous observons, à la lecture des textes issus de la réforme, qu'il n'y a pas une seule forme d'acceptation, comme vient d'opportunément le préciser la troisième chambre civile de la Cour de cassation (Cass. 3^e civ., 20 avr. 2017, n^o 16-10696 : RGDA juin 2017, n^o 114r4, p. 358, note Pélissier A.). Alors que la sous-section relative à l'offre et à l'acceptation ne devrait traiter que de l'acceptation permettant de former le contrat (A), les rédacteurs de la réforme ont pris le parti d'évoquer également l'acceptation permettant de rendre opposable le contenu contractuel (B).

A. L'acceptation formant le contrat

Contrairement à l'offre, l'acceptation reçoit une définition. Il s'agit de « la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre » (C. civ., art. 1118), qu'elle soit expresse ou tacite. Le paiement de la prime d'assurance pourra ainsi s'analyser en une acceptation. En revanche, le Code civil rappelle que le silence ne vaut pas acceptation, sauf dans les cas où « la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières » l'admettent (C. civ., art. 1120) et l'on sait que c'est le cas, en assurance, si l'assureur garde le silence pendant plus de 10 jours sur une proposition de modification du contrat formulée par l'assuré (C. assur., art. L. 112-2, al. 5). Sur ces bases, le contrat est formé dès que l'acceptation parvient à l'offrant et au lieu où l'acceptation est parvenue, l'article 1121 consacrant la théorie de la réception.

Le Code civil rappelle encore que des délais de réflexion ou de rétractation peuvent perturber les règles gouvernant la manifestation des volontés (C. civ., art. 1122), ce que connaît le droit des assurances avec notamment le délai de renonciation de 30 jours en matière d'assurance-vie (C. assur., art. L. 132-5-1) ou de 14 jours en matière d'assurances affinitaires (C. assur., art. L. 112-10), de démarchage à domicile (C. assur., art. L. 112-9) et de contrats conclus à distance (C. assur., art. L. 112-2-1).

L'ensemble de ces règles gouvernant l'acceptation permettant de former le contrat ne se conçoit qu'en faisant une totale abstraction de l'*instrumentum* qui viendra constater l'accord des parties et en fournir la preuve. C'est ce que rappelle la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans l'arrêt du 20 avril 2017 à destination des juges du fond du 1^{er} et du 2nd degré qui avaient estimé que des contrats d'assurance n'avaient pas été valablement formés en dépit de l'acceptation par la société souscriptrice des offres qui lui avaient été faites par l'assureur. Ils ajoutaient encore que la validité des notes de couverture, *instrumentum* qu'ils semblaient confondre avec le

negocium, était conditionnée à la fourniture de la déclaration d'ouverture de chantier. Or, s'il avait été question de conditionner la validité du contrat à l'exécution d'un formalisme, l'on peut se demander comment un contrat qui n'est pas encore formé peut imposer quoi que ce soit aux parties (Pélessier A., note sous Cass. 3^e civ., 20 avr. 2017, n^o 16-10696 : préc.). Les juges du fond confortaient leur raisonnement saugrenu en concluant que les conditions générales et particulières des contrats n'avaient pas été adressées à la société souscriptrice et acceptées par elle, confondant ainsi l'acceptation formant le contrat et l'acceptation assurant l'opposabilité des conditions contractuelles.

B. L'acceptation rendant opposable le contenu contractuel

L'alinéa 1^{er} de l'article 1119 du Code civil énonce que « Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées ». Même si le texte prend place dans la sous-section relative à l'offre et à l'acceptation, l'acceptation qu'il évoque n'est pas celle qui permet de former le contrat. Il s'agit de celle, bien connue en assurance, qui conditionne l'opposabilité des documents contractuels à l'assuré. Celui-ci n'étant pas à l'origine de la rédaction des documents contractuels et, en particulier des conditions générales, l'assureur ne pourra lui opposer une clause que s'il prouve que l'assuré a reçu les documents contractuels, en a pris connaissance et les a acceptés. Ce triptyque clairement formalisé par la doctrine (notamment : Bigot J., *Traité de droit des assurances*, dir. Bigot J., t. 3, *Le contrat d'assurance*, 2^e éd., LGDJ, 2014, n^o 800 et s.), ne l'a pas toujours été par la jurisprudence (par exemple, Cass. 3^e civ., 19 janv. 2017, n^o 15-29126 : RGDA mars 2017, n^o 114j2, p. 175, note Pélessier A., à l'occasion duquel nous nous interrogeons sur la position de la troisième chambre civile de la Cour de cassation à l'égard de la condition d'acceptation). Il l'est désormais par l'article 1119 du Code civil.

Or, l'on sait que l'article R. 112-3 du Code des assurances précise que la remise des documents visés à l'article L. 112-2 du Code des assurances est constatée par une mention signée et datée par le

souscripteur apposée au bas de la police. Le texte spécial ne vise donc que la remise des documents informatifs et c'est en contemplation de celui-ci que sont rédigées les clauses de renvoi apposées au bas des conditions particulières des contrats d'assurance. L'application de ce texte du Code des assurances est-il de nature à exclure le droit commun des contrats ? Il va de soi que non puisqu'il ne vise que la remise des documents informatifs et non des documents contractuels et que la jurisprudence avait dû prendre le soin de préciser les exigences au regard des documents contractuels. Désormais, elle pourra s'appuyer sur l'article 1119 du Code civil, ce qui risque de se traduire par l'inefficacité d'un très grand nombre de clauses de renvoi qui ne reprennent pas le triptyque remise / prise de connaissance / acceptation. Même si la réunion de ces conditions est susceptible d'être prouvée par tous moyens, comme vient de le rappeler la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (Cass. 2^e civ., 2 févr. 2017, n^o 16-13521 : RGDA mars 2017, n^o 114j2, p. 175, note Pélessier A.), la sécurité juridique commande aux assureurs de reprendre la rédaction de leurs clauses de renvoi afin de les conformer au triptyque de l'article 1119 du Code civil. L'on peut certes considérer que la signature d'une clause de renvoi visant la remise des documents et leur prise de connaissance vaut acceptation des documents contractuels mais il n'est pas certain que la solution résiste au vent de protection de la partie qui adhère à un contrat dont le contenu lui est imposé (C. civ., art. 1110, al. 2). Dans ce type de relation contractuelle, l'acceptation pour former le contrat fait certes naître le contrat mais celui-ci se révèle totalement inefficace si l'acceptation ne se répète pas à l'égard du contenu du contrat. Les contrats reposant sur des conditions générales supposent en somme une double acceptation ou il serait sans doute plus pertinent de parler d'une acceptation complétée par une adhésion.

Ces deux façons de percevoir l'acceptation, comme les deux acceptations des négociations, ne font que trahir ce que le professeur Thierry Revet désigne comme la philosophie de la réforme (Revet T., « Une philosophie générale ? », RDC 2016, n^o hors-série, p. 5) et que le droit des assurances connaissait déjà parfaitement bien. La figure du contrat n'est plus unique, elle s'est dédoublée entre les contrats dont le contenu est négocié et ceux auxquels l'on ne peut qu'adhérer.

La pluralité d'intéressés

Dans le vaste cercle des tiers intéressés au contrat d'assurance, c'est surtout aux bénéficiaires d'une stipulation pour autrui que la réforme du droit des contrats s'intéresse. La surprise vient du fait qu'elle s'inspire du droit des assurances et, plus spécialement, de l'assurance-vie, plutôt que de rejaillir sur lui. Des interrogations se font tout de même jour à propos du bénéficiaire décédé avant d'avoir accepté et, hors de l'assurance-vie, en ce qui concerne les contrats collectifs entendus comme des contrats-cadres. Quant à la formulation très doctrinale, aux articles 1199 et 1200 du Code civil, des principes de l'effet relatif des contrats et de leur opposabilité, elle ravira le théoricien, mais moins le juriste d'assurance pour qui les articles L. 112-1 et L. 112-6 du Code des assurances constituent une meilleure boîte à outils.

Par Luc Mayaux

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

115b4

1. Comme chacun sait, le droit du contrat d'assurance se singularise par la présence d'un certain nombre de personnes intéressées au contrat (tiers lésés, créanciers privilégiés, assurés pour compte, bénéficiaires d'une assurance en cas de décès, etc.), qui ne sont ni parties, ni tout à fait tiers à celui-ci⁽¹⁾. Quelle incidence la réforme du droit des contrats peut-elle avoir sur leur situation ? On tentera de répondre à cette question en s'attachant aux dispositions générales de la réforme (I), puis aux dispositions particulières à chaque tiers intéressé (II).

I. Dispositions générales

2. Sont en cause les nouveaux articles 1199 et 1200 du Code civil, qui inaugurent la sous-section 1 (intitulée « dispositions générales ») d'une section du code consacrée aux « effets du contrat à l'égard des tiers ». On envisagera ces deux textes successivement.

(1) Astegiano-La Rizza A., *L'assurance et les tiers. Variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles*, Mayaux L. (préf.), 2004, Defrénois.

A. L'article 1199 du Code civil

3. Le texte reprend le principe dit, à tort ou à raison⁽²⁾, « de l'effet relatif des contrats ». Il donne à celui-ci un contenu plus précis que ne le faisait l'ancien article 1165. Quand ce dernier paraissait englober tous les effets du contrat, sans distinction aucune, il ne vise, à l'alinéa 1^{er}, que l'effet créateur d'obligations⁽³⁾, ou, si l'on préfère, l'« effet obligationnel »⁽⁴⁾. Et, à l'alinéa 2, qui est tout aussi précis, il donne un tour procédural au principe, qui se trouve strictement cantonné à l'exécution du contrat. Selon cet alinéa, « les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat, ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section⁽⁵⁾ et de celles du chapitre III du titre IV »⁽⁶⁾. Mais il s'agit là de précisions plus que d'une réelle nouveauté. Après, comme avant la réforme, seuls certains tiers (bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, titulaire d'une action directe, etc.), ceux visés par les dispositions spéciales auxquelles le texte renvoie⁽⁷⁾, peuvent demander l'exécution du contrat. Et, sauf exceptions, un contrat ne peut être exécuté contre un tiers. En assurance, il faut en déduire que le simple fait d'être intéressé au contrat ne suffit toujours pas pour en demander l'exécution. Il faut un titre contractuel (en étant désigné comme assuré pour compte dans la police) ou un titre légal (en étant titulaire d'une action directe). Et, passivement, un tiers ne peut toujours pas se voir contraint d'exécuter le contrat, par exemple de payer la prime. Pour y être tenu, il faut qu'il ait donné son accord préalable⁽⁸⁾. Sur ce point, la réforme ne vient pas contrarier les dispositions spéciales du Code des assurances⁽⁹⁾. Et il n'y a donc pas à s'interroger sur la prééminence d'un code sur l'autre.

(2) V., estimant déjà que c'était plutôt à tort, Savatier R., « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », RTD civ. 1934, p. 526.

(3) C. civ., art. 1199, al. 1^{er} : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. »

(4) Selon l'expression de Ancel P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771.

(5) C. civ., art. 1199 à 1209, qui traitent des contre-lettres, de la promesse de porte fort et de la stipulation pour autrui.

(6) C. civ., art. 1341 à 1341-3, qui traitent des « actions ouvertes au créancier » (dénommées traditionnellement action oblique, action paulienne et action directe).

(7) Et sur lesquelles, v. *infra*, II.

(8) V., le confirmant depuis la réforme, C. civ., art. 1203 : « On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même. »

(9) V., subordonnant la qualité d'assuré pour compte à une désignation dans la police, C. assur., art. L. 112-1, al. 2 (ce qui n'empêche pas l'existence d'assurances pour compte tacites, mais la volonté d'intégrer le tiers au contrat doit être sans équivoque : v. Cass. 2^e civ., 23 mars 2017, n° 16-14621 : RGDA mai 2017, n° 114n6, p. 311, note Pélissier A.) ; v. aussi, conférant au tiers lésé une action directe contre l'assureur du responsable, C. assur., art. L. 124-3, al. 1^{er} ; v. enfin, disposant que le souscripteur d'une assurance est seul tenu au paiement de la prime, C. assur., art. L. 112-1, al. 3 (v., pour une application, Cass. 1^{re} civ., 18 juill. 1977, n° 76-11119 : Bull. civ. I, n° 334 ; RGAT 1978, p. 367, note Bigot J.). L'assuré pour compte ne peut donc être actionné en paiement, sauf s'il avait consenti à être débiteur ; il y a alors « stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire » (intitulé de l'article de Venandet G., in JCP G 1989, I 3391).

B. L'article 1200 du Code civil

4. D'une manière très doctrinale, le texte dispose que « les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat » (alinéa 1^{er}), et qu'« ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait ». Il consacre un principe d'opposabilité du contrat, que ce soit par les parties aux tiers ou par les tiers aux parties. Cela dit, le texte ne donne pas de contours précis à ce principe, laissant seulement entendre qu'il va au-delà du domaine de la preuve⁽¹⁰⁾. Comme l'article précédent, on ne peut pas dire que le texte recèle une véritable innovation, ce qui renvoie l'analyste aux solutions traditionnelles (et notamment à la distinction des ayants cause, des créanciers et des tiers *penitus extranei*). En matière d'assurance, il paraît donc peu vraisemblable que les tribunaux s'en emparent pour revenir sur certaines solutions. Ainsi, on voit mal un assureur se prévaloir avec succès du fait que le bien assuré a été vendu, pour être libéré de sa propre obligation de couverture. Il est certes tiers au contrat de vente et il pourrait songer à opposer à l'assuré-vendeur l'effet translatif de ce contrat. Mais, c'est le moment de rappeler que l'intérêt d'assurance a un contenu plus économique que juridique⁽¹¹⁾, et que la disparition de l'intérêt juridique n'entraîne donc pas *ipso facto* celle de l'intérêt économique. Par ailleurs, il existe en la matière des textes spéciaux (en l'occurrence, l'article L. 121-10 du Code des assurances qui prévoit, en pareil cas, la continuation du contrat d'assurance, et l'article L. 121-11 qui prévoit, au contraire, sa suspension quand le bien assuré est une automobile ou un bateau de plaisance) qui l'emportent sur l'article 1200 du Code civil, serait-on décidé à lui donner la portée la plus grande.

5. De même, dans le cas d'une acquisition en indivis d'un bien immobilier, financée par un prêt contracté par deux indivisaires tenus solidairement, lequel est garanti par une assurance qui aurait été contractée par l'un d'entre eux sur sa seule tête, la solution actuelle est que le jeu de l'assurance profite à l'emprunteur non assuré dans ses rapports avec le prêteur (ce qui est logique car il y a extinction de la dette de prêt contractée solidairement), mais, sauf clause contraire, pas dans ses rapports avec le coacquéreur assuré envers qui il reste tenu d'une dette de contribution⁽¹²⁾. Il est douteux qu'une telle solution soit remise en cause par la réforme du Code civil. Tout d'abord, l'article 1199, alinéa 2, nouveau de ce code fait obstacle à ce que l'emprunteur non assuré, qui est tiers au contrat d'assurance, agisse en exécution de celui-ci contre l'assureur. Ensuite et surtout, il ne peut espérer invoquer utilement l'alinéa 2 de l'article 1200 en prétendant se prévaloir du contrat contre l'assuré. En effet, celui-ci lui opposerait l'alinéa 1^{er} du texte, selon lequel ce qui est opposable (au tiers ou à l'une des parties) n'est pas le contrat, mais la situation juridique née de celui-ci. Or, en l'occurrence, le contrat d'assurance a un effet extinctif de la seule dette de prêt contractée envers l'établissement de crédit⁽¹³⁾. Sauf clause contraire, il n'éteint pas la dette de contribution d'un acquéreur envers l'autre. En d'autres termes, la

(10) Comme en atteste l'expression « notamment pour apporter la preuve d'un fait », figurant à l'alinéa 2.

(11) Kullmann J., *Lamy Assurances*, 2017, n° 35 ; Cass. 2^e civ., 15 janv. 2015, n° 13-27109 ; RGDA mars 2015, n° 11129, p. 160, note Pélissier A.

(12) Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2010, n° 09-16693 ; RGDA 2011, p. 519, note Mayaux L.

(13) Lequel est bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, qualifiée précisément d'extinctive. V. Ghestin J., Jamin C. et Billiau M., *Les effets du contrat*, 3^e éd., 2001, LGDJ, n° 972.

situation juridique qu'il crée est celle d'être libéré d'une dette envers tel créancier, à savoir la banque. C'est cette situation-là (ni plus, ni moins) qui peut être invoquée par un tiers (en l'espèce, par l'acquéreur non assuré). Aujourd'hui comme hier, le rayonnement du contrat au-delà du cercle des parties est limité à son seul contenu.

II. Dispositions particulières

6. Certains articles du Code civil, issus de la réforme, traitent de situations particulières. Nous écarterons d'emblée deux d'entre elles. La première est celle des personnes titulaires d'une action directe. Le nouvel article 1341-3 du Code civil, qui consacre cette action, indique clairement qu'elle profite au créancier dans les seuls cas déterminés par la loi. Ce faisant, il n'innove pas puisque l'action directe a toujours été regardée comme une exception, profitant seulement à certains créanciers qui sont ainsi préférés à la généralité des autres⁽¹⁴⁾. En matière d'assurance, sont bénéficiaires d'une action directe les tiers lésés⁽¹⁵⁾ et les créanciers hypothécaires et privilégiés⁽¹⁶⁾. En ce qui les concerne, la réforme ne change rien, ils continuent de pouvoir réclamer directement le montant de l'indemnité à l'assureur.

7. Nous écarterons pareillement l'hypothèse d'un ensemble contractuel, qui serait composé d'un contrat d'assurance et d'un ou plusieurs autres contrats (prêt *in fine* dans le cas d'une assurance-vie, prêt et acquisition qu'il permet de réaliser dans celui d'une assurance « emprunteurs ») où celui qui n'a pas contracté avec l'assureur (dans les exemples précédents : l'établissement de crédit⁽¹⁷⁾) est à la fois tiers au contrat d'assurance et intéressé par celui-ci (pour reprendre l'intitulé de cette communication). Sur ce sujet, la réforme est intervenue. Elle consacre la notion d'ensemble contractuel, en lui donnant un contenu⁽¹⁸⁾, et en lui faisant produire deux effets : quant à l'interprétation des contrats en cause (qui se fait en fonction de l'opération visée⁽¹⁹⁾), et quant à la disparition d'un des contrats constitutifs de l'ensemble, qui entraîne la caducité des autres, au moins à certaines conditions⁽²⁰⁾. Mais, cette consécration sera vue lors d'une autre communication⁽²¹⁾. Et, de toute manière, il n'est pas sûr que la réforme change grand-chose aux solutions jurisprudentielles antérieures. Certes, pour l'ensemble constitué d'une assurance-vie et d'un prêt *in fine*, c'est plutôt une indivisibilité subjective, voulue par les parties, qui servait de critère pour la disparition du prêt en

(14) Sur le fait que l'action directe constitue un « mode de paiement préférentiel », v. Flour J., Aubert J.-L. et Savaux E., *Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., 2015, Sirey, n° 106.

(15) C. assur., art. L. 124-3, réd. L. n° 2007-1774, 17 déc. 2007, consacrant une jurisprudence remontant à Cass. civ., 14 juin 1926 : DP 1927, I, p. 57, rapport Colin, note Josserand L. ; S. 1927, I, p. 25, note Esmein P.

(16) C. assur., art. L. 121-13, qui trouve son origine dans une loi du 19 février 1889 : DP 1889, 4, p. 29.

(17) Qui est tiers à la relation individuelle d'assurance existant entre l'assuré et l'assureur même si, au moins dans le cas où l'assuré a adhéré à l'assurance qu'il propose, il est partie au contrat-groupe qu'il a conclu avec l'assureur. Sur le fait que ce contrat-groupe a la nature d'un contrat-cadre, v. *infra*, § 19.

(18) C. civ., art. 1189, al. 2, qui vise l'hypothèse où « plusieurs contrats concourent à une même opération » ; cette définition rejoint celle élaborée par la doctrine ; v. Malaurie P., Aynès L. et Stoffel-Munck P., *Droit des obligations*, 9^e éd., 2017, LGDJ, n° 839.

(19) C. civ., art. 1189, al. 2, préc.

(20) Qui sont détaillées par C. civ., art. 1186.

(21) V. l'intervention de Krajewski D. sur la « disparition du contrat », *infra*.

cas de renonciation à l'assurance⁽²²⁾. Au contraire, la réforme paraît opter pour une indivisibilité objective⁽²³⁾. Mais il n'est pas interdit qu'à une indivisibilité objective, imposée par la loi, s'ajoute une indivisibilité subjective voulue par les parties. Quant au cas des assurances « emprunteurs », il nous paraît difficile, en l'absence de clause dans le contrat de prêt prévoyant la déchéance du terme en cas de résiliation de l'assurance, qu'un établissement de crédit puisse prendre appui sur l'article 1186 du Code civil pour faire juger que le prêt est immédiatement exigible. En effet, techniquement sinon toujours financièrement, l'exécution du prêt n'est pas rendue impossible par la disparition de l'assurance (ce qui est la première condition alternative prévue par le texte). Et l'exécution de l'assurance n'est déterminante du consentement du prêteur (ce qui est la seconde condition alternative) que si elle met définitivement fin à toute garantie⁽²⁴⁾. Dans le cas contraire, qui est celui où l'assurance résiliée est remplacée par une autre, on peut douter d'une telle influence. Et de toute manière, en cas d'exercice par l'assuré de son droit de résiliation annuel du contrat d'assurance sur le fondement de l'article L. 113-12 du Code des assurances, le prêteur ne peut plus désormais refuser l'assurance de remplacement si elle offre un niveau de garantie au moins équivalent à la précédente⁽²⁵⁾.

8. Si l'on excepte ces deux situations, restent trois hypothèses, que nous envisagerons par ordre d'intérêt décroissant de la réforme pour l'assurance : la stipulation pour autrui (A), les contrats collectifs (B) et la cession de contrat (C).

A. La stipulation pour autrui

9. Elle fait l'objet d'une réglementation beaucoup plus détaillée depuis la réforme, qui donne lieu à cinq articles du code⁽²⁶⁾, à la place du seul article 1121 ancien. Pour autant, cette réglementation n'est pas exempte de lacunes (1^o) et, pour partie, elle ne constitue que la reprise des solutions jurisprudentielles antérieures (2^o). Elle apporte tout de même certaines précisions utiles ou contestables, selon les opinions (3^o).

1. Les lacunes

10. On peut en relever deux. La première tient à la forme de la stipulation. L'absence de précision au nouvel article 1205, alinéa 1^{er}, du Code civil qui se borne à indiquer qu'« on peut stipuler pour autrui », semble autoriser des stipulations pour autrui tacites, qui ont connu

une réelle fortune en droit de la responsabilité civile⁽²⁷⁾. En assurance pour compte, on a vu que si le Code des assurances semblait exiger une stipulation expresse⁽²⁸⁾, la jurisprudence paraît bien aujourd'hui en sens contraire⁽²⁹⁾. L'autre lacune, sans doute plus ennuyeuse car on touche aux grands principes régissant la stipulation pour autrui, est l'absence de toute référence au principe de l'opposabilité des exceptions. Mais cette lacune n'est pas gênante en assurance dès lors que le principe est proclamé par deux textes du Code des assurances, l'un général⁽³⁰⁾ et l'autre particulier à l'assurance pour compte⁽³¹⁾. En l'occurrence, la loi spéciale comble les lacunes du droit commun.

2. Les reprises

11. Dans les hypothèses que l'on va maintenant envisager, c'est à un mouvement inverse que l'on assiste. Le droit commun des contrats s'inspire de solutions propres à l'assurance et, plus précisément, à l'assurance-vie. Cette initiative n'est pas toujours heureuse car si l'assurance-vie a tout d'un paradigme pour la stipulation pour autrui, celle-ci ne se ramène tout de même pas à elle.

12. Parmi les reprises heureuses, on citera l'article 1205, alinéa 2, du Code civil, relatif à la personne du bénéficiaire. Selon ce texte, qui est la reprise avec des différences mineures des alinéas 2 et 3 de l'article L. 132-8 du Code des assurances⁽³²⁾, « le bénéficiaire peut être une personne future, mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse ». C'est à la fois une solution pragmatique (car l'essentiel est bien que l'on sache qui est le bénéficiaire lors de l'exigibilité de l'obligation à la charge du promettant⁽³³⁾) et un peu folle sur un plan théorique (car elle consacre la catégorie des droits sans sujet⁽³⁴⁾). Mais cette folie était déjà dans le

(27) Ghestin J., Jamin C. et Billiau M., *Les effets du contrat, op. cit.*, n° 967 ; v., en matière de transport de personnes, le fameux arrêt *Noblet* : Cass. civ., 6 déc. 1932 : DP 1933, 1, p. 137, note Josserand L. ; S. 1934, 1, p. 81, note Esmein P. ; RGAT 1933, p. 398, note Picard M. ; RTD civ. 1933, p. 109, obs. Demogue, dans lequel la Cour de cassation avait présumé que la victime avait stipulé au profit de ses proches.

(28) C. assur., art. L. 112-1, al. 2, préc.

(29) Cass. 2^e civ., 23 mars 2017, n° 16-14621, préc. ; v. déjà Peano M.-A., « L'assurance pour compte "tacite" ou le moyen de faire payer l'assureur », *Resp. civ. et assur.* 1995, chron. 50.

(30) C. assur., art. L. 112-6 : « L'assureur peut opposer au porteur de la police ou au tiers qui en invoque le bénéfice les exceptions opposables au souscripteur originaire. »

(31) C. assur., art. L. 112-1, al. 3 : « Les exceptions que l'assureur pourrait lui opposer [au souscripteur d'une assurance pour le compte de qui il appartiendra] sont également opposables au bénéficiaire du contrat, quel qu'il soit. »

(32) Une première différence tient au fait que, pour l'assurance-vie, la date visée est celle de l'exigibilité du capital ou de la rente garantis (C. assur., art. L. 132-8, al. 2), ce qui est logique car cette date est celle du dénouement du contrat (du fait qu'en assurance-vie où le sinistre est nécessairement unique, l'exigibilité du bénéfice, et donc l'arrivée du terme dénouent le contrat). Une autre différence tient à la présence, dans le Code des assurances, de présomptions applicables à la désignation du bénéficiaire par sa qualité de conjoint ou d'héritier. Le Code civil, dont le domaine est plus général, ne les reprend pas.

(33) C'est évidemment l'exigibilité de la promesse qui est en cause, et non l'exécution de celle-ci qui peut être tardive si le promettant est récalcitrant. Il y aurait donc une erreur de plume de la part du législateur... ou une faveur ultime pour le bénéficiaire qui pourrait ainsi être déterminé très tardivement. Mais, il faut tout de même bien que le promettant, tenu de s'exécuter, sache qui payer, sans devoir attendre que son créancier soit déterminé.

(34) Du fait que le droit direct du bénéficiaire est censé exister dès la stipulation, à une époque où ce bénéficiaire peut ne pas exister ou, pour une personne physique, peut même ne pas avoir été conçu. La maxime *infans conceptus* n'est alors d'aucun secours pour justifier cette solution.

(22) Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2015, n° 14-22117 : RGDA oct. 2015, n° 112r1, p. 479, note Mayaux L. – v. aussi Cass. 1^{re} civ., 1^{er} oct. 2014, n° 13-21362 : RGDA nov. 2014, n° 111k4, p. 568, note Mayaux L.

(23) Puisque l'article 1186 vise l'hypothèse où l'exécution des contrats constitutifs de l'ensemble « est nécessaire à la réalisation d'une même opération ».

(24) Mais alors, le prêteur peut s'appuyer sur l'article 1305-4 du Code civil (précédemment article 1188), selon lequel « le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation ». Il en résulte que l'article 1186 ne présente pas alors d'utilité.

(25) C. consom., art. L. 313-30 et C. assur., art. L. 113-12-2, réd. L. n° 2017-203, 21 févr. 2017. Depuis l'époque du colloque, cette loi a été l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité actuellement pendante devant le Conseil constitutionnel.

(26) C. civ., art. 1205 à 1209.

droit de l'assurance-vie⁽³⁵⁾. On approuvera aussi qu'une révocation pure et simple de la stipulation pour autrui (sans désignation d'un nouveau bénéficiaire) la fasse dégénérer en stipulation pour soi-même. L'article 1207, alinéa 3, du Code civil, qui est la reprise de l'article L. 132-11 du Code des assurances, dispose, en effet, que « si elle n'est pas assortie de la désignation d'un nouveau bénéficiaire, la révocation profite, selon le cas, au stipulant ou à ses héritiers ». Cette règle subsidiaire est bien venue (et même sans doute plus que pour l'assurance-vie⁽³⁶⁾) car elle est la plus respectueuse de l'autonomie de la volonté. La psychologie (teintée en l'occurrence d'égoïsme) enseigne que, sauf volonté contraire, on stipule pour soi-même⁽³⁷⁾.

13. À l'inverse, on critiquera la reprise, à l'article 1207, alinéa 1^{er}, du Code civil, du mécanisme, prévu par l'article L. 132-9, I, alinéa 3, du Code des assurances pour la révocation de la stipulation par les héritiers du stipulant après le décès de celui-ci. Il est justifié en assurance-vie car (au moins quand le souscripteur est en même temps l'assuré, ce qui est le cas le plus fréquent) ce décès dénoue le contrat, rendant le capital exigible. Faute d'acceptation du bénéficiaire avant cette date, il faut bien savoir qui aura droit au bénéfice. La prétendue révocation émanant des héritiers est, en réalité, le droit pour eux d'obliger le bénéficiaire à prendre parti quant à son acceptation, son silence dans les trois mois de sa mise en demeure valant refus⁽³⁸⁾. Il n'y a donc aucune raison d'étendre cette disposition à toutes les stipulations pour autrui, car elle est alors hors contexte.

14. De même, si la consécration de l'existence d'un droit direct du bénéficiaire contre le promettant doit être approuvée, car ce droit direct (que l'ancien article 1121 du Code civil ne mentionnait pas) est consubstantiel à la stipulation pour autrui, la formule « droit direct à la prestation », utilisée à l'article 1206, alinéa 1^{er} pour désigner un droit qui existerait du jour de la stipulation, pourrait être critiquée si le texte devait être appliqué tel quel à toute assurance (« droit direct » aurait suffi largement). Certes, celui-ci constitue une transposition, par élargissement, de l'article L. 132-12 du Code des assurances applicable à l'assurance-vie, qui évoque pour sa part « le capital ou la rente ». Mais, s'il est justifié qu'en assurance-vie (qui couvre un « risque de date » et se trouve donc être, en quelque sorte, l'assurance d'un mourant) le droit aux prestations naisse de manière anticipée (car dès le jour du contrat, le sinistre est en cours de réalisation), ce n'est pas le cas pour les autres assurances où ce droit naît seulement du jour du sinistre. Appliquer sans nuance l'article 1206,

(35) Qui fait même remonter le droit du bénéficiaire au jour de l'acte (qui peut être antérieur à la stipulation) : v. C. assur., art. L. 132-12 ; sur ce texte, v. *infra*, § 14.

(36) Où elle a pour inconvénient de faire disparaître les avantages civils (mise à l'écart des règles du rapport et de la réduction : C. assur., art. L. 132-13) et fiscaux (application d'une fiscalité « allégée ») de l'assurance-vie. Mais la solution alternative, qui serait celle d'une désignation légale subsidiaire de certains tiers, a quelque chose d'artificiel. Tel est pourtant le choix opéré par le droit brésilien ; v. projet de loi n° 29/2017 sur le contrat d'assurance, art. 113, qui prévoit une désignation subsidiaire du conjoint pour la moitié du bénéfice et des héritiers pour l'autre moitié et, encore plus subsidiairement, de « ceux qui prouvent que la mort de l'assuré les a privés de moyens de subsistance ».

(37) V., en ce sens, C. civ., art. 1119 anc., selon lequel « on ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même ». L'article 1203 nouveau du Code civil, selon lequel « on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même », n'a repris le texte que sous son aspect passif. La non-reprise de l'aspect actif est bien venue juridiquement (car la stipulation pour autrui cesse ainsi d'être présentée comme une exception), mais moins convaincante sur un plan psychologique.

(38) V. Mayaux L., in Bigot J. (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. IV, *Les assurances de personnes*, 2007, LGDJ, n° 316.

alinéa 1^{er}, du Code civil entraînerait alors des conséquences contestables quand le contrat a été résilié ou modifié après la stipulation, mais avant le sinistre. En présence d'une assurance pour compte, l'assureur se trouverait ainsi tenu à l'égard de l'assuré pour compte (ou, en cas de modification, tenu aux conditions du contrat initial), alors qu'il ne le serait pas envers le souscripteur si celui-ci avait été en même temps bénéficiaire du contrat. Le principe de l'opposabilité des exceptions ne serait pas respecté. Mieux vaut donc considérer qu'en présence d'une telle assurance, l'expression « droit direct » vise le droit à la couverture et non le droit aux prestations ou, si l'on préfère, considérer que la prestation visée par le texte est une prestation de garantie⁽³⁹⁾ et non la prestation de règlement afférente à un sinistre à venir⁽⁴⁰⁾.

3. Les précisions

15. Sont en cause des dispositions nouvelles (par rapport à l'ancien article 1121 du Code civil qui, comme on l'a dit, était très succinct) qui peuvent avoir des incidences sur le droit de l'assurance, si du moins celui-ci n'y déroge pas en tant que droit spécial. On en évoquera trois.

16. En ce qui concerne la forme de l'acceptation du bénéficiaire, l'article 1208 du Code civil prévoit que celle-ci peut être expresse ou tacite. En assurance-vie, la jurisprudence et la doctrine avaient très tôt admis des acceptations tacites⁽⁴¹⁾ (notamment quand le bénéficiaire détenait de manière non précaire le document contractuel le désignant⁽⁴²⁾, ou quand il payait les primes⁽⁴³⁾). Mais, depuis la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 et au moins quand l'assuré et le stipulant sont encore en vie, l'acceptation est désormais formalisée. Elle suppose un avenant signé par l'assureur, le stipulant et le bénéficiaire, ou un acte conclu entre le stipulant et le bénéficiaire et notifié à l'assureur. Cette disposition, figurant à l'article L. 132-9, II, alinéa 1^{er}, du Code des assurances, doit être regardée comme une règle spéciale qui l'emporte sur le nouvel article 1208 du Code civil⁽⁴⁴⁾.

17. En ce qui concerne la date des effets de la révocation ou de l'acceptation, c'est celle où le bénéficiaire ou le promettant ont eu connaissance de l'acte (pour la révocation⁽⁴⁵⁾), ou celle où l'acte parvient au stipulant ou au promettant (pour l'acceptation⁽⁴⁶⁾). Cette solution, qui fait de ces actes des actes réceptives⁽⁴⁷⁾, trouve à s'appliquer aux assurances pour compte, même si l'enjeu est relativement réduit. Dans ces assurances, le changement de bénéficiaire est, en effet, moins sujet à problèmes qu'en assurances sur la vie. Pour

(39) Ce qui suppose évidemment de se faire du terme « prestation » une conception large, étendue à une prestation de garantie. Sur cette dernière, v. Pignarre G., « À la découverte de l'obligation de *praestare* : pour une relecture de quelques articles du Code civil », RTD civ. 2001, p. 59.

(40) Sur la différence entre obligation de couverture et de règlement dans le contrat d'assurance (qui présente notamment un intérêt lors de l'extinction de celui-ci), v. Mayaux L., in Bigot J. (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. III, *Le contrat d'assurance*, 2^e éd., 2014, LGDJ, n° 58 et s.

(41) V. L. Mayaux, *Traité de droit des assurances*, t. IV, *op. cit.*, n° 319.

(42) V., par ex., CA Paris, 3 janv. 1918 : DP 1918, p. 2 et 33.

(43) En ce sens, v. Capitant H., in RGAT 1930, p. 793.

(44) En vertu de l'article 1105 de ce code, selon lequel « les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacune d'eux », étant entendu que « les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

(45) C. civ., art. 1207, al. 3.

(46) C. civ., art. 1206, al. 3.

(47) Sauf, pour la révocation, le cas où elle aurait été faite par testament ; elle produit alors effet du jour du décès de son auteur : C. civ., art. 1207, al. 4.

ces dernières, il faut distinguer l'acceptation et la révocation. En ce qui concerne l'acceptation, la jurisprudence était hésitante⁽⁴⁸⁾, encore qu'elle semblait montrer sa préférence pour la date de l'émission⁽⁴⁹⁾. Elle est de toute manière périmée depuis la loi du 17 décembre 2007 précitée qui, au moins tant que l'assuré et le stipulant sont en vie, formalise l'acceptation. Quand celle-ci intervient par voie d'avenant, elle est connue immédiatement par le promettant et le stipulant qui interviennent à l'acte. Et quand elle résulte d'un acte authentique ou sous seing privé signé du bénéficiaire et du stipulant, elle est connue immédiatement de ce dernier si ce n'est de l'assureur. Le nouvel article 1206, alinéa 3, du Code civil peut donc s'appliquer sans difficulté. Reste le cas de la révocation, pour laquelle l'article 1207, alinéas 3 et 4, peut être d'une certaine utilité. Il suffit d'imaginer une révocation faite par le stipulant de son vivant, mais parvenue au bénéficiaire ou à l'assureur après le décès de son auteur. Si une acceptation intervient également après le décès⁽⁵⁰⁾, mais avant que le destinataire de la révocation ait pris connaissance de celle-ci, elle produira son effet⁽⁵¹⁾. Il en irait autrement si la révocation était intervenue par testament, auquel cas elle prendrait effet au jour du décès⁽⁵²⁾ et donc avant qu'il y ait eu acceptation par le bénéficiaire.

18. En ce qui concerne la date même de l'acceptation, on sait qu'une jurisprudence contestée (car reposant sur une analyse divinatoire de volonté et sur une ignorance du mécanisme de la stipulation pour autrui⁽⁵³⁾) considère que, lorsque le bénéficiaire est décédé après l'assuré⁽⁵⁴⁾, mais avant d'avoir accepté⁽⁵⁵⁾, il n'a pas droit au bénéfice⁽⁵⁶⁾, sauf en l'absence d'autres bénéficiaires (conjoint ou subséquents) ou si le stipulant en a disposé autrement⁽⁵⁷⁾. Or, le nouvel article 1208 du Code civil dispose, sans autre précision, que « l'acceptation peut émaner du bénéficiaire ou, après son décès, de ses héritiers ». Est-ce à dire que la jurisprudence antérieure est condamnée, au moins

pour les nouveaux contrats⁽⁵⁸⁾ ? Dans l'affirmative, les conséquences seraient importantes, car le cas ici envisagé n'est pas rare. Mais on n'est pas sûr qu'il en soit ainsi. Comme on l'a dit, la jurisprudence précitée repose sur une interprétation de la volonté du stipulant. Si, eu égard à cette volonté, le bénéficiaire décédé avant d'avoir accepté ne profite pas de la stipulation, l'acceptation par ses héritiers, visée à l'article 1208 du Code civil, est inefficace. On n'accepte que ce à quoi on a droit. Ou alors, il faudrait interpréter le texte, non seulement comme considérant que le droit d'accepter le bénéfice de la stipulation n'est pas un droit à caractère personnel (puisqu'il peut être exercé par les héritiers de son titulaire), mais aussi que la qualité même de bénéficiaire est acquise au jour de l'exigibilité de la promesse (à savoir, pour une assurance-vie, au jour du décès de l'assuré). Le texte ne le dit pas mais il pourrait être lu à la lumière de l'article 1205, selon lequel le bénéficiaire « doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse »⁽⁵⁹⁾. S'il en est ainsi, c'est que cette qualité deviendrait intangible à la même date⁽⁶⁰⁾. Mais, il ne s'agit là que d'une interprétation qui demande à être confirmée par les tribunaux.

B. Les contrats collectifs

19. Ils sont particulièrement importants dans la pratique des assurances, que ce soit en assurances de personnes, à travers les assurances de groupe, réglementées aux articles L. 141-1 et suivants du Code des assurances, ou en assurances de dommages où les assurances collectives sont désormais l'objet d'un embryon de réglementation⁽⁶¹⁾. Ils touchent naturellement à notre sujet dès lors que les adhérents sont à la fois tiers au contrat-groupe conclu entre le souscripteur et l'assureur, et intéressés par lui. Contrairement à la stipulation pour autrui, la réforme du droit des contrats paraît n'avoir ici que peu d'incidence. La nouveauté est la consécration de la notion de contrat-cadre, qui est défini par l'article 1111 du Code civil comme un « accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures », étant entendu que « des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution ». Cette notion peut servir de support conceptuel au moins aux assurances collectives à adhésion facultative, dans lesquelles un contrat-cadre est conclu entre le souscripteur et l'assureur qui détermine à la fois les garanties et la tarification, et où des contrats d'application (qui sont autant de contrats individuels d'assurance) unissent l'assureur à chaque adhérent. Telle est l'analyse faite par la doctrine⁽⁶²⁾ et consacrée par la jurisprudence⁽⁶³⁾.

20. Cela dit, l'article 1111 du Code civil ne correspond pas réellement au schéma de l'assurance collective, dès lors qu'il laisse entendre

(48) V. Cass. 2^e civ., 8 mars 2012, n° 11-13275 : RGDA 2012, p. 752, note Mayaux L. – Cass. 2^e civ., 26 mars 2015, n° 14-11206 : RGDA mai 2015, n° 112f1, p. 260, note Lambert S. ; aucun de ces arrêts ne nous paraît décisif.

(49) Cass. 2^e civ., 22 nov. 2012, n° 11-26109, qui est la décision la plus claire sur ce point.

(50) Si elle intervenait avant, son efficacité supposerait l'accord du stipulant (C. assur., art. L. 132-9, II, al. 1^{er}). Or, ayant déjà révoqué la stipulation, il est douteux qu'il donne son accord à l'acceptation de celle-ci. Et, s'il le faisait, cela reviendrait de sa part à une renonciation de la révocation.

(51) Par application de C. civ., art. 1207, al. 3.

(52) C. civ., art. 1207, al. 4.

(53) Dans laquelle l'acceptation du bénéficiaire n'est pas une condition de l'existence de son droit, elle ne fait que conforter celui-ci.

(54) S'il était décédé avant ce dernier, et au moins en cas de désignation à titre gratuit, sa désignation serait alors caduque, sauf clause contraire : C. assur., art. L. 132-9, I, al. 4.

(55) Notamment parce qu'il ignorait sa qualité et qu'il n'a pu apprendre celle-ci après le décès de l'assuré, celui-ci étant intervenu juste avant le sien (cas de décès consécutifs à un même accident).

(56) Cass. 1^{re} civ., 9 juin 1998, n° 96-10794 : Bull. civ. I, n° 204 ; RGDA 1998, p. 786, note Kullmann J. – Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2008, n° 07-14598 : Bull. civ. I, n° 250 ; RGDA 2009, p. 224, 1^{re} esp., note Mayaux L. ; RGDA 2009, p. 13, chron. Mayaux L. ; JCP G 2009, II 10041, note Cannarsa M. ; Resp. civ. et assur. 2009, étude 2, par Courtieu G. ; Resp. civ. et assur. 2009, étude 4, par Pierre P. ; Trib. assur., févr. 2009, p. 50, note Lefebvre L. et Charbonneau C.

(57) Ce qui serait le cas quand deux bénéficiaires conjoints sont désignés de manière nominative (et non par leur qualité, comme celle d'héritiers), où il y aurait deux stipulations pour autrui distinctes, de sorte que le bénéficiaire survivant ne pourrait prétendre à la part du prédécédé, qui irait aux héritiers de celui-ci : v. Cass. 2^e civ., 23 oct. 2008, n° 07-19163 : Bull. civ. II, n° 218 ; RGDA 2009, p. 224, 2^e esp., note Mayaux L. – Cass. 2^e civ., 3 juill. 2014, n° 13-19886.

(58) Les seuls auxquels la réforme s'applique : Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, art. 9, al. 2.

(59) Sur le fait que, derrière l'expression « exécution de la promesse », c'est plutôt son exigibilité qui est en cause, v. *supra*, § 12.

(60) Sauf naturellement révocation ultérieure par les héritiers du stipulant, dans l'hypothèse visée par C. civ., art. 1207, al. 1^{er} ; v. *supra*, § 13.

(61) C. assur., art. L. 129-1, réd. L. n° 2014-344, 17 mars 2014.

(62) Bigot J. (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. III, *Le contrat d'assurance*, 1^{re} éd., 2002, LGDJ, n°s 652 et s. ; Mayaux L., « La nature juridique de l'assurance collective », in *Les grandes questions du droit des assurances*, 2011, LGDJ, n°s 84 et s., spéc. n°s 88 et s.

(63) V., qualifiant de « contrat-cadre » le contrat groupe conclu entre le souscripteur et l'assureur, Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2012, n° 12-40073 : RGDA 2013, p. 358, note Mayaux L.

que les contrats d'application unissent les mêmes parties que le contrat-cadre, ce qui n'est pas le cas pour cette forme d'assurance. En outre, le seul intérêt juridique de la notion de contrat-cadre dans la réforme touche à la question de l'indétermination du prix. Consacrant la jurisprudence issue de l'arrêt *Besse* à propos des contrats de distribution⁽⁶⁴⁾, l'article 1164 du Code civil dispose, en effet, que « dans les contrats-cadres, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation », étant entendu qu'« en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ». Or, dans les assurances collectives à adhésion facultative (les seules en cause), le contrat-cadre contient bien un tarif, qui prive l'assureur de liberté en matière de fixation de la cotisation. Et la nécessaire adaptation de celle-ci à chaque adhérent, qui constitue à lui seul un risque particulier, se traduit par l'indication d'un montant particulier de cotisation dans les documents d'adhésion. On ne peut donc parler de contrat d'application sans prix, ou dont le prix serait fixé unilatéralement par l'une des parties (alors qu'au contraire l'assureur ne fait qu'appliquer le contrat-cadre conclu avec le souscripteur). Cela irait d'ailleurs à l'encontre du fait que la prime est consubstantielle au contrat d'assurance⁽⁶⁵⁾. Sauf s'il se montrait trop imaginaire (en confondant volontairement adhésion à un prix et fixation unilatérale de celui-ci par l'autre partie), on imagine mal qu'un juge se fonde sur l'article 1164 du Code civil pour dire que le montant de la cotisation est abusif et, en conséquence, pour allouer des dommages et intérêts à l'adhérent, voire pour prononcer la résolution de l'adhésion. Mais il n'est tout de même pas interdit de s'interroger.

C. La cession de contrat

21. Elle touche à l'effet relatif des contrats en ce sens qu'elle conduit à ce qu'une partie (le cédant) devienne tiers et qu'un tiers (le cessionnaire) devienne partie. Alors qu'elle était totalement absente du Code civil, elle est désormais réglementée de manière détaillée⁽⁶⁶⁾. En particulier, le nouvel article 1216 du Code civil consacre la jurisprudence

qui soumet la cession à l'accord du cédé⁽⁶⁷⁾, étant entendu que cet accord peut être donné par avance. Le droit des assurances connaît de nombreuses hypothèses de cessions de contrats, mais elles sont l'objet d'une réglementation spécifique, qu'il s'agisse du transfert de portefeuille⁽⁶⁸⁾ ou de la cession légale de contrat en cas d'aliénation de la chose assurée⁽⁶⁹⁾. Le droit commun n'a pas ici vocation à s'appliquer, au moins pour celles de ses dispositions auxquelles dérogerait le droit spécial. En particulier, le transfert de portefeuille est opposable de plein droit aux assurés (dont le consentement n'est donc pas requis) à la date de publication au *Journal officiel* de la décision d'approbation du transfert par l'autorité de contrôle⁽⁷⁰⁾. En l'occurrence, le Code des assurances l'emporte sur le Code civil, même rénové.

22. *En conclusion*, la question des tiers intéressés au contrat d'assurance n'apparaît pas comme bouleversée par la réforme du Code civil. Celle-ci n'interfère qu'à la marge, notamment en ce qui concerne la stipulation pour autrui. C'est plutôt à un mouvement inverse que l'on assiste, le droit commun puisant son inspiration dans le droit spécial, en l'occurrence de l'assurance-vie. C'est un bel hommage à ce dernier, le Code des assurances s'apparentant alors à un code pilote et le Code civil à un code suiveur. Toutefois, celui-ci pourrait prendre sa revanche pour peu que des plaideurs ou des juges imaginatifs sollicitent ses nouvelles règles. Il en va ainsi pour la détermination du prix dans les contrats-cadres où une transposition aux assurances collectives serait audacieuse et sans doute déplacée⁽⁷¹⁾. Comme on le verra par ailleurs, tel est aussi le cas pour l'ensemble des dispositions touchant au contenu du contrat⁽⁷²⁾.

(64) Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n^{os} 91-15578, 91-15999, 91-16653 et 93-13688 : D. 1995, p. 122, note Aynès L. ; JCP G 1995, II 22371, note Ghestin J.

(65) V. la célèbre formule de Picard M. et Besson A., selon lesquels « s'il n'y a pas d'assurance sans risque, il n'y a pas davantage d'assurance sans prime » ; v. des mêmes auteurs, *Les assurances terrestres*, t. 1, *Le contrat d'assurance*, 5^e éd., 1982, LGDJ, n^o 28.

(66) Dans une section intitulée précisément « la cession de contrat » : C. civ., art. 1216 à 1216-3.

(67) Issue de Cass. com., 6 mai 1997, n^o 94-16335 : Bull. civ. IV, n^o 117 ; D. 1997, p. 588, 1^{re} esp., note Billiau M. et Jamin C. ; RTD civ. 1997, p. 936, obs. Mestre J. ; Contrats, conc. consom. 1997, p. 146, 1^{re} esp., note Leveneur L. ; Defrénois 15 sept. 1997, n^o 36633, p. 977, note Mazeaud D. ; v. Aynès L., « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », D. 1998, chron., p. 25 ; Jamin C. et Billiau M., « Cession conventionnelle du cédé : la portée du consentement du cédé », D. 1998, chron., p. 145.

(68) C. assur., art. L. 324-1 et s. ; v. Monnet J., « Transfert de portefeuille de contrats d'assurance et changement d'assureur, entre certitudes et incertitudes », RGDA janv. 2017, n^o 114d5, p. 6.

(69) C. assur., art. L. 121-10 ; v. Pimbert A., « Clair-obscur sur le transfert du contrat d'assurance en cas d'aliénation de la chose assurée », RGDA déc. 2016, n^o 114a8, p. 588.

(70) C. assur., art. L. 324-1.

(71) V. *supra*, § 19.

(72) Mayaux L., « La contrepartie dans le contrat d'assurance », à paraître RGDA, déc. 2017.

Interrogations interpellatives

Au-delà des différentes appellations qu'il reçoit, ce mécanisme est présenté comme le volet procédural de la réforme des obligations. On lui prête les vertus de la simplicité et de l'efficacité, en ce qu'il est censé prévenir l'apparition de problèmes et de contentieux. Affirmations qu'il convient de nuancer.

Les interrogations interpellatives sont instaurées en matière de pacte de préférence, de représentation conventionnelle et de nullité du contrat, mais seuls ces deux derniers domaines paraissent vraiment intéresser l'assurance, la réassurance et l'intermédiation.

L'étude de ces applications pratiques révèle que le mécanisme est plus complexe à mettre en œuvre qu'il en a l'air, et qu'il peut s'avérer contre-productif en générant du contentieux là où il est censé en éviter.

Par Romain Schulz

Avocat au barreau de Paris, docteur en droit, diplômé de l'Institut des Assurances de Paris

 115b1

Le vocabulaire n'étant jamais neutre en matière juridique, nous pouvons à titre liminaire nous interroger sur le nom à utiliser pour désigner ce qui a été présenté comme les « interrogations interpellatives » dans le programme de ce colloque. Pour commencer, les expressions « interrogations interpellatives » et « interpellations interrogatoires » se font écho. On rencontre également la dénomination « actions interrogatoires », employée dans le rapport au président de la République, bien que cette appellation soit de nature à susciter des discussions (s'agissant de l'existence d'une action, plus précisément d'une action en justice).

Nous pouvons aussi nous demander si les interrogations interpellatives constituent bien un volet procédural de la réforme du droit des obligations. Le mécanisme se situe entre le droit substantiel (droit des obligations) et le droit processuel (procédure civile)⁽¹⁾. Pour Emmanuel

Jeuland, « Cette réforme s'inscrit dans un mouvement général de procéduralisation du droit substantiel »⁽²⁾.

Les interrogations interpellatives suscitent d'intéressantes discussions théoriques, que nous n'aurons malheureusement pas le temps de développer ici. Nous avons mentionné la question de savoir si elles ont une nature d'action, et plus précisément d'action en justice⁽³⁾. On peut également évoquer l'existence de mécanismes de sanction différents : fin de non-recevoir et/ou présomption irréfragable, avec parfois une porosité entre les deux⁽⁴⁾.

On trouve une définition de l'action interrogatoire dans le *Vocabulaire juridique* du professeur Cornu : c'est l'action ayant pour objet de contraindre une personne qui dispose d'une faculté d'option, soit de déclarer si elle entend ou non user d'un droit, soit d'opter entre plusieurs partis qui s'offrent à elle dans l'exercice de son droit⁽⁵⁾.

Les actions interrogatoires ne sont pas vraiment une nouveauté résultant de la réforme du droit des obligations (ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016) : elles étaient connues en droit romain et dans l'ancien droit. En fait, elles avaient quasiment disparu avec le Code civil et ne subsistaient qu'à titre exceptionnel, en matière de sociétés (C. civ., art. 1844-12 ; C. com., art. L. 235-6), de brevet d'invention (CPI, art. L. 615-9, al. 1^{er} et « d'une certaine façon »⁽⁶⁾) de faux en écriture (CPC, art. 300).

La réforme du droit des obligations les réintroduit dans le Code civil « au point d'en faire un instrument ordinaire et non plus exceptionnel »⁽⁷⁾ en matière de pacte de préférence (C. civ., art. 1123, al. 3 et 4), de représentation conventionnelle (C. civ., art. 1158) et d'action en nullité (C. civ., art. 1183).

Aux termes de l'article 9, alinéa 3, de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les dispositions régissant les interrogations interpellatives sont applicables dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance (ord. n° 2016-131, 1^{er} oct. 2016). Ce qui implique qu'elles peuvent être utilisées à propos de contrats antérieurs à l'entrée en vigueur de la réforme.

L'interrogation interpellative concernant le pacte de préférence n'intéresse guère l'assurance, la réassurance et l'intermédiation (ou du

(2) Jeuland E., « Les actions interrogatoires en question », JCP G 2016, act. 737, p. 1275.

(3) Hervé Croze estime impropre de les qualifier d'actions car elles sont extrajudiciaires : Croze H., « Une vision procédurale de la réforme des obligations », Procédures 2016, étude 3, § 11. Pour Lucie Mayer, elles « n'ont d'"action" que le nom » et sont « purement extrajudiciaires » : Mayer L. : « Défense des "actions interrogatoires" introduites par la réforme du droit des contrats », Gaz. Pal. 29 nov. 2016, n° 280q3, p. 47. Emmanuel Jeuland y voit une action extrajudiciaire : un mécanisme « qui crée un lien d'instance extrajudiciaire entre l'interrogé et l'interrogeant », art. préc., p. 1275 & 1276.

(4) Lagarde X., art. préc. ; Mayer L., art. préc.

(5) Cornu G., *Vocabulaire juridique*, 2016, PUF, V° Action interrogatoire.

(6) Jeuland E., art. préc., p. 1274.

(7) Jeuland E., art. préc.

(1) V. Lagarde X., « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », D. 2017, Chron., p. 715.

moins pas directement). Nous ne citerons donc que pour mémoire les alinéas 3 et 4 de l'article 1123 du Code civil :

« Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. »

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat. »

Ce sont plus particulièrement les mécanismes instaurés en matière de représentation conventionnelle (C. civ., art. 1158) et d'action en nullité (C. civ., art. 1183) qui vont trouver application en matière d'assurance, de réassurance et d'intermédiation.

I. En matière de représentation conventionnelle :

L'article 1158 du Code civil dispose :

« Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. »

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte. »

Bien que la théorie du mandat apparent ait été consacrée par l'article 1156 du Code civil, un doute peut subsister quant à l'étendue du pouvoir du représentant et il peut donc être opportun de vérifier ce pouvoir.

A. Domaine d'application

Le champ de prédilection de ce mécanisme en assurance paraît être la vérification du pouvoir du représentant de l'assureur (agent général, mandataire d'assurance) pour la souscription du contrat d'assurance.

Quid de la vérification du pouvoir du mandataire d'intermédiaire d'assurance (subdélégation du pouvoir de souscription) ? Il semble qu'il faille vérifier à la fois le pouvoir que le mandataire d'intermédiaire détient de l'intermédiaire et celui que l'intermédiaire (mandataire d'assurance ou agent général) tient de l'assureur. À la cascade des représentations peut donc correspondre une cascade de vérifications.

À surveiller également : le problème du pouvoir du représentant de l'assuré ou, plus précisément, du pouvoir du représentant du souscripteur du contrat d'assurance. Précisons à cet égard que le mécanisme de l'assurance pour compte ne relève pas de la représentation conventionnelle.

Outre la conclusion du contrat d'assurance, en matière d'assurance la représentation conventionnelle peut également concerner la conclusion d'accords d'indemnisation. Ici encore la question du pouvoir du représentant d'une partie peut se poser, en particulier lorsque l'assuré ou le tiers victime est assisté d'un expert.

La vérification du pouvoir peut porter non seulement sur l'étendue du pouvoir, expressément visée par l'article 1158, mais également sur

son existence⁽⁸⁾. En revanche, le détournement de pouvoir ne peut faire l'objet d'une vérification *a priori*.

B. Forme de l'interpellation

L'article 1158 précise que l'interpellation doit être faite « par écrit ». La lettre recommandée avec avis de réception ou l'acte d'huissier s'impose afin d'établir la date de réception qui fait courir le délai de réponse⁽⁹⁾, étant toutefois relevé que le second est un acte plus lourd.

L'acte doit comporter la mention du délai de réponse et des conséquences.

Un délai de réponse « raisonnable » est fixé par l'interrogeant. Ce caractère « raisonnable » sera soumis à l'appréciation souveraine du juge du fond en cas de contentieux. Hervé Croze estime que le délai pour la confirmation du pouvoir de représentation peut être un peu plus court que celui pour la réponse attendue du bénéficiaire d'un pacte de préférence, qu'il évalue à 1 mois⁽¹⁰⁾.

C. Effet de l'interpellation

Si l'interrogé ne répond pas dans le délai requis, le représentant est réputé habilité à conclure l'acte (même s'il n'est pas habilité).

Pour Jean Bigot, « Le pseudo représentant pourrait engager sa responsabilité vis-à-vis de son pseudo mandant, mais celui-ci serait lié par les actes du "représentant" faute d'avoir répondu dans le délai requis »⁽¹¹⁾. Nous pouvons ajouter que le pseudo représentant pourrait invoquer la faute ou négligence du pseudo mandant ayant contribué à son dommage.

Emmanuel Jeuland se demande s'il n'y aurait pas « à terme une obligation pour le professionnel du droit de sécuriser la situation de son client en exerçant systématiquement cette action interrogatoire ? »⁽¹²⁾. La question se pose pour les intermédiaires en assurance, notamment en cas de chaîne d'intermédiaires : nous pouvons citer l'exemple d'un courtier devant vérifier le pouvoir de l'intermédiaire qui se présente comme titulaire d'un pouvoir de souscription de l'assureur.

Le mécanisme devient alors source de responsabilité civile professionnelle s'il n'est pas utilisé (ce qui suppose néanmoins que soit reconnue une obligation de le mettre en œuvre, la violation de cette obligation constituant alors le fait générateur de la responsabilité).

II. En matière d'action en nullité

L'article 1183 du Code civil prévoit :

« Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de 6 mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. »

(8) V. C. civ., art. 1158 visant la confirmation « que le représentant est habilité à conclure cet acte ».

(9) Jeuland E., art. préc., spéc. p. 1274 ; Bigot J., « L'ordonnance portant réforme du droit des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance », JCP G 2016, 833, spéc. n° 29.

(10) Croze H., art. préc., § 8, note 15 et § 9, note 16.

(11) Bigot J., art. préc., § 29.

(12) Jeuland E., art. préc., spéc. p. 1274.

L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de 6 mois, le contrat sera réputé confirmé. »

A. Champ d'application

Bien sûr, on pense d'abord à l'action en nullité du contrat d'assurance. Mais, comme pour l'interrogation interpellative en matière de représentation, le mécanisme peut également concerner la nullité d'un accord d'indemnisation.

Pour revenir au contrat d'assurance, on pense ensuite à la nullité pour réticence ou fausse déclaration intentionnelle (C. assur., art. L. 113-8)⁽¹³⁾. Mais cela ne doit pas faire oublier les « causes ordinaires de nullité » auxquelles l'article L. 113-8 fait également référence (par exemple le dol : C. civ., art. 1137 nouv./C. civ., art. 1116 anc.).

Sont concernées les nullités relatives (celles qui relèvent de la sauvegarde d'un intérêt privé, par opposition à celles protégeant l'intérêt général), dès lors que le mécanisme vise les nullités qui peuvent être couvertes par la confirmation. Il est à noter que si l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir (C. civ., art. 1181). Il est donc nécessaire d'interroger tous les titulaires de l'action en nullité afin d'écartier tout risque qu'une telle action soit exercée.

Le mécanisme s'applique aux nullités seulement, pas aux autres moyens de défense tels que : l'exclusion, la déchéance, la prescription et le plafond de garantie.

B. Forme de l'interpellation

Ici encore l'interpellation doit être faite « par écrit », ce qui renvoie à une lettre recommandée avec avis de réception ou un acte d'huissier comme nous l'avons déjà évoqué.

Les mentions requises sont indiquées par l'article 1183. Le délai de réponse est fixé par la loi à 6 mois, à peine de forclusion. Lucie Mayer s'est prononcée pour un allongement du délai et pour la restauration de sa nature de prescription⁽¹⁴⁾.

C. Effet de l'interpellation

Si l'interpellé n'exerce pas d'action en nullité avant l'expiration du délai de 6 mois, il est forclus selon l'alinéa 1^{er} de l'article 1183.

Jean Bigot observe qu'en pratique, la nullité est généralement soulevée par voie d'exception⁽¹⁵⁾, faisant ainsi référence au fait que l'exception n'est pas sujette à forclusion. Nous relevons néanmoins que « le contrat sera réputé confirmé » selon l'alinéa 2 de l'article 1183, ce qui paraît faire obstacle à toute invocation de la nullité, que ce soit par voie d'action ou d'exception. Le nouvel article 1182 du Code civil va en ce sens : « La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce ». Il y a donc renonciation à se prévaloir de la nullité, que ce soit par voie d'action ou d'exception. En d'autres termes, lorsqu'il indique que « le contrat sera réputé

confirmé », l'article 1183 peut être compris comme signifiant que l'interpellé sera réputé (ou présumé) renoncer à se prévaloir de la nullité.

L'article 1183 entraîne la nécessité pour l'interrogé d'agir en justice dans le délai de 6 mois s'il souhaite se prévaloir de la nullité : il ne peut pas se contenter de contester par courrier ou d'émettre des réserves, « à peine de forclusion » (selon l'alinéa 1^{er}), et « à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de 6 mois, le contrat sera réputé confirmé » (selon l'alinéa 3). Cela impose donc à l'interrogé de faire délivrer l'assignation (au fond) dans le délai imparti, ce qui ne laisse pas de temps pour une tentative de résolution amiable du litige⁽¹⁶⁾. Le délai de 6 mois n'est pas un délai de prescription : il n'est pas suspendu en application de l'article 2238 du Code civil⁽¹⁷⁾.

Il en découle un risque que le mécanisme de l'interrogation interpellative ne génère un contentieux, en provoquant l'introduction de l'action en nullité à titre conservatoire. Ce risque ne viendra-t-il pas contrebalancer l'intérêt de purger des nullités de contrat et d'éviter le contentieux y afférant ? Étant au surplus rappelé qu'à ce risque s'ajoute celui d'un contentieux suscité par le mécanisme de l'interrogation interpellative lui-même, concernant l'appréciation des conditions de sa mise en œuvre.

D. Exemple(s) pratique(s)

L'exemple d'une potentielle nullité d'un contrat d'assurance pour fausse déclaration ou réticence intentionnelle illustre les difficultés suscitées par l'interrogation interpellative.

Une première question pour l'assuré (par définition conscient du risque de nullité) est de décider s'il utilise le mécanisme de l'interrogation interpellative afin de lever le doute sur ce risque de nullité, ou s'il ne fait rien afin de ne pas informer l'assureur qui n'a peut-être pas identifié la source de nullité potentielle. Un des inconvénients de l'interrogation interpellative est en effet de conduire à se dévoiler partiellement aux yeux de son potentiel adversaire⁽¹⁸⁾.

Une autre question stratégique pour l'assuré, s'il décide d'utiliser l'interrogation interpellative, est de choisir s'il le fait avant la survenance d'un sinistre ou s'il attend qu'un sinistre se produise. Dans le premier cas, l'intérêt de couvrir la nullité peut paraître bien lointain à l'assuré, qui peut préférer laisser le contrat suivre son cours. Dans le second cas, l'intérêt de couvrir la nullité est bien tangible mais il est d'autant plus probable, en présence d'un sinistre, que l'assureur ne souhaite pas couvrir la nullité.

En tout état de cause, la mise en œuvre de l'interrogation interpellative va s'avérer délicate en matière de nullité, en particulier pour réticence ou fausse déclaration intentionnelle. L'assuré devra peser chaque mot de son interrogation interpellative s'il ne veut pas s'exposer au risque que son courrier soit interprété comme un aveu de la fausse déclaration (ou de l'omission) et de son caractère intentionnel.

Si tant est que l'article 1183 permette d'interroger celui « qui pourrait se prévaloir de la nullité » non seulement lorsque le cas de nullité est avéré, mais également lorsqu'il y a un doute sur l'existence de ce cas

(13) Avec toutefois une difficulté : l'article 1183 prévoit que « la cause de la nullité doit avoir cessé ». Comment appliquer cette condition à la fausse déclaration intentionnelle du souscripteur, sauf à considérer que cette fausse déclaration est instantanément consommée et ne se prolonge pas dans le temps, ce qui est discutable s'agissant de l'omission de déclarer une circonstance ou un changement de circonstance ?

(14) Mayer L., art. préc.

(15) Bigot J., art. préc., § 41.

(16) Bien qu'une telle tentative soit en principe le préalable obligatoire à l'assignation, aux termes de l'article 56, alinéa 7, du Code de procédure civile, la mise en œuvre d'une interrogation interpellative paraît constituer un « motif légitime » au sens dudit texte, permettant de se passer de cette tentative préalable.

(17) En ce sens, Croze H., art. préc., § 10, note 22.

(18) Mayer L., art. préc.

(en l'occurrence l'existence d'une omission ou fausse déclaration et son caractère intentionnel). Nous ne trouvons pas d'indication dans l'article 1183. La question demeure donc : l'interrogeant doit-il (ne serait-ce qu'implicitement) reconnaître le cas de nullité pour demander à l'interroger s'il confirme le contrat ? Ou peut-il interroger son cocontractant sur deux points : d'abord, estime-t-il qu'il y ait matière à nullité ? et ensuite, dans l'affirmative, entend-il s'en prévaloir ou confirmer le contrat ?

Si l'interrogation interpellative ne se conçoit que pour un cas de nullité avéré (et donc reconnu par l'interrogeant dès lors qu'il met en œuvre le mécanisme), elle est d'un intérêt plus limité pour l'assuré qui estime pouvoir contester la nullité pour omission ou fausse déclaration intentionnelle. Encore que, l'existence d'une telle omission ou fausse déclaration n'entraîne pas *ipso facto* la nullité, d'autres conditions devant être remplies (incidence sur l'appréciation du risque par l'assureur, absence de renonciation de l'assureur à se prévaloir de la nullité).

L'interrogation interpellative suscite encore d'autres questions lorsque l'assuré est assisté d'un professionnel pour la gestion de son contrat d'assurance et/ou pour la gestion d'un sinistre : courtier, expert en assurance, avocat... Dès lors que le professionnel prend connaissance de la fausse déclaration ou omission intentionnelle de l'assuré, voire du simple risque qu'une nullité soit alléguée sur ce fondement, ne doit-il pas conseiller à l'assuré de recourir au mécanisme de l'interrogation interpellative afin de purger la nullité ? N'engage-t-il pas sa responsabilité envers l'assuré s'il ne le fait pas (en particulier si l'assureur invoque et obtient la nullité alors que l'assuré n'a pas mis en œuvre d'interrogation interpellative) ? La question paraît devoir être abordée sous l'angle de l'obligation d'information et de conseil, l'assuré devant avoir été mis en mesure de prendre de manière

éclairée la décision de recourir ou non à l'interrogation interpellative. Ici encore (comme en matière de représentation conventionnelle), l'interrogation interpellative est potentiellement source de responsabilité et de contentieux.

Conclusion

Le paradoxe de l'interrogation interpellative est qu'elle est censée régler ou purger certains problèmes et litiges avant qu'ils ne surviennent, mais peut les susciter ou en créer de nouveaux.

Le mécanisme est destiné à éviter des contentieux judiciaires, mais il est susceptible d'en générer :

- contentieux sur la mise en œuvre de l'interrogation interpellative (notamment pour la représentation : appréciation du délai raisonnable de réponse) ;
- contentieux initié à titre conservatoire : action en nullité provoquée par l'interrogation interpellative ;
- contentieux de responsabilité civile, lié à l'absence de mise en œuvre de l'interrogation interpellative ou à un manquement aux obligations d'information et de conseil sur le mécanisme et l'opportunité de le mettre en œuvre.

Au stade du projet de réforme, le mécanisme de l'action interrogatoire n'a pas suscité que de l'enthousiasme : le système a été critiqué comme ayant « tout d'une fausse bonne idée » et étant « un véritable nid à contentieux »⁽¹⁹⁾. Sans aller jusqu'à une formulation aussi dure, nous sommes très réservés sur la mise en œuvre de ce mécanisme en matière d'assurance.

(19) Serinet Y.-M., « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats », LPA 4 sept. 2015, p. 59.